# DIE ENTWÜRFE ZU EINEM ARBEITSVERTRAGSGESETZ – GRUNDLAGEN UND KRITIK –

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt
von

Holger Senne
wissenschaftlicher Mitarbeiter
aus Lüneburg

Marburg 1980

Druck: citydruck, Würzburg

# DIE ENTWÜRFE ZU EINEM ARBEITSVERTRAGSGESETZ – GRUNDLAGEN UND KRITIK –

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt
von

Holger Senne
wissenschaftlicher Mitarbeiter
aus Lüneburg

Marburg 1980

Druck: citydruck, Würzburg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften

angenommen am: 14. Februar 1980

Berichterstatter: Professor Dr. Bickel
Mitberichterstatter: Professor Dr. Wolf

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1980

Meinem Vater
und
dem Andenken meiner Mutter

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546009_0008

Holger Senne

# Die Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz
## - Grundlagen und Kritik -

Vorwort

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind Grundlagen der Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz von 1923, 1938, 1977 und des Alternativentwurfs des DGB zum Entwurf der Arbeitsgesetzkommission (Entwurf 1977). Bedingt durch die Weite des Themas erfolgt die Untersuchung aufgrund von vierzehn ausgewählten Grundthemen bzw. Grundfragen; einem geschichtlichen Überblick und jedem Einzelthema ist ein Paragraph gewidmet. Im sechzehnten Paragraphen erfolgt eine Zusammenfassung der grundlegenden Ergebnisse. Die Untersuchung der einzelnen Entwürfe wird innerhalb der Paragraphen - soweit erforderlich - getrennt vorgenommen, dabei erfolgt eine durch römische Ziffern gekennzeichnete Unterteilung. In diesen besonders gekennzeichneten Abschnitten werden einleitend die Regelungen des jeweiligen Entwurfs wiedergegeben, die für die vorzunehmenden Ausführungen einschlägig sind; dieses Prinzip ließ sich lediglich bei der Untersuchung der Urlaubsregelungen und den Ausführungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge des Umfangs der betreffenden Bestimmungen nicht durchführen. In diesen Paragraphen werden die Regelungen - soweit dies geboten ist - im Zusammenhang zitiert. - Innerhalb der Untersuchung eines bestimmten Entwurfs sind Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des betreffenden Entwurfs. - Durch die Wiedergabe der einschlägigen Bestimmungen innerhalb der Paragraphen soll die Lesbarkeit der Arbeit erleichtert werden. Die geschlossene Wiedergabe der Entwürfe in einem Anhang war aufgrund ihres Umfangs nicht möglich.

Soweit der Gegenstand der jeweiligen Ausführungen es notwendig erscheinen läßt, werden, bevor die Untersuchung der einzelnen Entwürfe erfolgt, einleitend dogmatische Grundfragen geklärt oder Begriffsbestimmungen vorgenommen. Ist die Untersuchung der einzelnen Entwürfe abgeschlossen, so erfolgen, wenn dies geboten ist, Hinweise, wie der betreffende Gegenstand dogmatisch zutreffend geregelt werden kann. Rechtspolitische Fragen sind allerdings nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Bezüglich der Literatur, die in dieser Arbeit berücksichtigt ist, haben die Autoren besondere Beachtung gefunden, die gleichzeitig an einem der Entwürfe mitgearbeitet haben. Dies ist besonders hinsichtlich des Entwurfs von 1977 notwendig gewesen, da die Materialien der Arbeitsgesetzbuchkommission noch vertraulich behandelt werden und auch eine offizielle Begründung der Kommission zum Entwurf nicht vorliegt. -

Eine wissenschaftliche Arbeit besteht in dem methodischen Erkennen von Gegenständen und dem Beweisen der Richtigkeit der Erkenntnis. Ein großer Teil der vorliegenden Arbeit besteht in dem Erkennen des Inhalts der Regelungen, die in den einzelnen Entwürfen zu einem Arbeitsvertragsgesetz vorgesehen sind, nur diese Erkenntnis ermöglicht nachvollziehbare Aussagen über die Grundlagen der Entwürfe. Die hier angewendete wissenschaftliche Methode wird heute vielfach abgelehnt. So wird beispielsweise von Adomeit[1] ausgeführt, "wer mit einer Was - ist - Frage das 'Sein' oder 'Wesen' einer Rechtseinrichtung ermitteln" wolle, gehe "ein wenig altmodisch vor. Die Frage" setze "ein Weltbild im Sinne des philosophischen Idealismus voraus, den Ideenhimmel Platons, wo jedes Ding in reiner Gestalt befindlich" sei "oder auch, für Hegelianer, sich in dialektischer Selbstbewegung" entwickele. "Darauf" könne "man heute wohl niemanden mehr verpflichten". - Obwohl - oder richtiger: gerade weil - der Verfasser kein Platoniker oder Hegelianer ist, sondern Vertreter des Realismus, meint er so "altmodisch" vorgehen zu müssen; denn es ist nicht ausreichend zu wissen, was beispielsweise ein "typisches" Arbeitsverhältnis ist. Vielmehr ist es erforderlich zu erkennen, was ein Arbeitsverhältnis begrifflich ist. Denn wer die Frage "Was ist das?" nicht stellt und durch Definition beantwortet, weiß nicht, wovon er spricht. Erst die zutreffende Erkenntnis des Gegenstands Arbeitsverhältnis befähigt dazu, begründet wahr zu urteilen, ob jemand aus einem Arbeitsverhältnis dienstverpflichtet ist, ob er einen Urlaubs-, einen Arbeitsentgeltfortzahlungs- oder einen Zeugnisanspruch etc.

---

1) Adomeit in Hanau / Adomeit, a.a.O., E 10 a (126).

hat. Die Kenntnis dessen, was ein "typisches" Arbeitsverhältnis ist, ist nicht ausreichend, da ein Prozeß häufig gerade dann von den Parteien geführt wird, wenn zweifelhaft ist, ob sie aus einem Arbeitsverhältnis berechtigt und verpflichtet sind, der Richter also gerade dann bemüht wird, wenn kein "typisches" Arbeitsverhältnis vorliegt.

Das Erkennen von Arbeitsverhältnissen und damit die Definition des Begriffs Arbeitsverhältnis ist möglich, da rechtliche Verhältnisse real sind, d.h. unabhängig von einer sich darauf beziehenden Bewußtheit existieren. Rechtliche Verhältnisse unterliegen - wie alle realen Seienden - den Kausalgesetzen, sind erfahrbar und folglich auch wissenschaftlich erkennbar. Der Nachweis der realen Existenz von rechtlichen Verhältnissen ist bereits von Ernst Wolf, dem Begründer der Realen Rechtslehre, geführt worden[2]; der Inhalt der Realen Rechtslehre ist somit Grundlage dieser Arbeit. -

Es sei mir gestattet, an dieser Stelle meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Dietrich Bickel, für seine stete Gesprächsbereitschaft und vielfältigen Förderungen, die er mir in Seminaren und Vorlesungen hat zuteil werden kann, zu danken. Seine wissenschaftliche Arbeit und Lehrtätigkeit ermöglichten erst meine Untersuchung. - Herrn Professor Dr. Ernst Wolf, für den ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig bin, danke ich für die mir zur Verfügung gestellte Zeit und die stete Anteilnahme, die er an meiner Arbeit genommen hat.

Marburg, September 1979 Holger Senne

---

2) Siehe Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, Vorwort (V, VII f.) und §§ 1 und 2; vgl. auch Bickel, Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (94 ff.).

Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| BADURA, Peter | Arbeitsgesetzbuch, Koalititonsfreiheit und Tarifautonomie, RdA 1974, (129 ff.) |
| DERS. | Grundfreiheiten der Arbeit, Zur Frage einer Kodifikation "sozialer Grundrechte", Festschrift für Friedrich Berber, München 1973 (11 ff.) |
| BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter | Zivilprozeßordnung, 37. Aufl., München 1979 |
| BENGELSDORF, Peter | Anmerkung zu ArbG Lübeck, BB 1976 (1320 f.; 1321) |
| BEUTHIEN, Volker | Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem, RdA 1969 (161 ff.) |
| BEWER | Illojale Kündigungen des Arbeitsverhältnisses, IheringsJ, Bd. 74 (159 ff.) |
| BICKEL, Dietrich | Anmerkungen zu BAG AP Nr. 12 zu § 11 BUrlG |
| DERS. | Anmerkung zu BAG SAE 1974 (17 ff.; 19 ff.) |
| DERS. | Anmerkung zu BAG SAE 1975 (85 ff.; 88 ff.) |
| DERS. | Anmerkung zu BAG SAE 1976 (112 ff.; 115 ff.) |
| DERS. | Anmerkung zu BAG SAE 1978 (295 ff.; 299 ff.) |
| DERS. | Die Entwicklung der Bundesrepublik vom Rechtsstaat zum Richterstaat, alma mater philippina, WS 1976/77 (7 ff.) |
| DERS. | Die Methoden der Auslegung rechtgeschäftlicher Erklärungen, Marburg, 1976 |
| DERS. | Die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen, ZfA 1971 (181 ff.) |

| | |
|---|---|
| DERS. | Gesetzlicher Übergang eines Schadenersatzanspruches eines Arbeiters wegen Verdienstausfalls auf den Arbeitgeber bei Lohnfortzahlung ?, DB 1970 (1128 f.) |
| DERS. | Über die Unmöglichkeit eines Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Marburg 1968 |
| BÖHM, Wolfgang | Die Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG, BB 1974 (1641 ff.) |
| BÖTTNER, Walter | Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, Marburg 1971 |
| BYDLINSKI, Franz | Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht, Wien, New York 1969 |
| COESTER, Michael | Der Anspruch auf Rückzahlung des Urlaubsentgelts bei verbotener Erwerbstätigkeit, DB 1973 (1124 ff.) |
| DGB-ENTWURF zum Arbeitsverhältnisrecht 1977 | RdA 1977 (166 ff.) |
| DIETERICH, Thomas | Die Kodifikation des Arbeitsrechts, RdA 1978 (399 ff.) |
| ENTWURF EINES ALLGEMEINEN ARBEITSVERTRAGSGESETZES nebst Denkschrift | Berlin 1923 (Herausgegeben von der Reichsarbeitsverwaltung) |
| ENTWURF EINES ARBEITSGESETZBUCHES - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht - | Bonn 1977 (Herausgegeben vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung) |
| ENTWURF EINES GESETZES ÜBER DAS ARBEITSVERHÄLTNIS | Hamburg 1938 (Herausgegeben vom Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht) |
| ENTWURF FÜR EIN ARBEITSVERHÄLTNISGESETZ | 1977 (Herausgegeben vom Deutschen Gewerkschaftsbund) |
| ERDSIEK, Gerhard | Zum Bedeutungswandel der Kodifikation - Für und wider ein Gesetzbuch der Arbeit, NJW 1961 (647 ff.) |
| ERMAN, Walter | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 6. Aufl., Münster 1975 |

| | |
|---|---|
| ESSER, Josef | Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967 (95 ff.) |
| DERS. | Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970 |
| ETZEL, Gerhard | Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 1978, NJW 1979 (1625 ff.) |
| FABRICIUS, Fritz | Arbeitsverhältnis, Tarifautonomie, Betriebsverfassung und Mitbestimmung im Spannungsfeld von Recht und Politik - Gedanken zur Fortentwicklung des Arbeitsverhältnisses -, Festschrift für Erich Fechner, Tübingen 1973 (171 ff.) |
| DERS. | Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 160 (273 ff.) |
| FLUME, Werner | Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, Karlsruhe 1960 (135 ff.) |
| GAMILLSCHEG, Franz | Der Abschluß des Arbeitsvertrages im neuen Arbeitsvertragsgesetz, Festschrift für Werner Weber, Berlin 1974 (793 ff.) |
| DERS. | Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (385 ff.) |
| DERS. | Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und BGB, AcP 176 (197 ff.) |
| GAMILLSCHEG, Franz / HANAU, Peter | Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Karlsruhe 1974 |
| GAUL, Dieter | Anmerkung zu BAG SAE 1966 (184 ff.; 187 f.) |
| VAN GELDER, Alfons / LEINEMANN, Wolfgang | Übungen im Arbeitsrecht, Berlin, New York 1971 |
| HANAU, Peter | Der Kommissionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, ZRP 1978 (215 ff.) |

| | |
|---|---|
| HANAU, Peter / ADOMEIT, Klaus | Arbeitsrecht, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1978 |
| HATTENHAUER, Hans | Reform durch "Richterrecht"?, ZRP 1978 (83 ff.) |
| HERSCHEL, Wilhelm | Gesetzbuch der Arbeit - heute ?, DB 1959 (1440 ff.) |
| DERS. | "Recht auf Arbeit" und Kündigungsschutz, BB 1977 (708 f.) |
| HIENTZSCH, Ulf | Arbeitsrechtslehren im Dritten Reich und ihre historische Vorbereitung, Marburg 1970 |
| HIRSCH, Hans Joachim | Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 1966 (334 ff.) |
| HUECK, Alfred | Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, ZAkDR 1938 (298 ff.) |
| DERS. | Deutsches Arbeitsrecht, Ein Grundriß, Berlin 1938 |
| HUECK, Alfred / NIPPERDEY, Hans Carl | Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band (von Alfred Hueck), 7. Aufl., Berlin 1963 |
| HUECK, Alfred / NIPPERDEY, Hans Carl / DIETZ, Rolf | Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 3. Aufl., München 1939 |
| ISELE, Hellmut Georg | Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsordnung, Juristen - Jahrbuch 8, 1967 / 68 (63 ff.) |
| JAHRESBERICHT DER BUNDESVEREINIGUNG DER DEUTSCHEN ARBEITGEBERVERBÄNDE | Bonn - Bad Godesberg 1978 |
| KREJCI, Heinz | Betriebsübergang und Arbeitsvertrag, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme, Wien 1972 |
| KRELLER, Hans | Fürsorge - und Treuepflicht im Arbeitsrecht, ZAkDR 1938 (302 ff.) |
| DERS. | Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, AcP 122 (1 ff.), AcP 123 (263 ff.) |

| | |
|---|---|
| KÜBLER, Friedrich | Kodifikation und Demokratie, JZ 1969 (645 ff.) |
| LARENZ, Karl | Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975 |
| LEPKE, Achim | Zum Inhalt der sog. Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG 72, DB 1975 (498 ff.) |
| MANSFELD, W. / POHL, W. / STEINMANN, G. / KRAUSE, A.B. | Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, Berlin, Leipzig, Mannheim, München 1934 |
| MARX, Karl | Ökonomische Schriften, Erster Band, Stuttgart 1962 (Herausgegeben von Hans-Joachim Lieber und Benedikt Kautsky) |
| MAYER-MALY, Theo | Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, JZ 1961 (205 ff.) |
| DERS. | Die Begründung und Lösung von Arbeitsverhältnissen als Gesetzgebungsproblem, NJW 1978 (1566 ff.) |
| DERS. | Die Wiederkehr der culpa levissima, AcP 163 (114 ff.) |
| DERS. | Probleme der Erstellung eines Arbeitsgesetzbuches, ArbuR 1975 (225 ff.) |
| MIGSCH, Erwin | Die absolut geschützte Rechtsstellung des Arbeitnehmers, München 1972 |
| MOLITOR, Erich / HUECK, Alfred / RIEZLER, Erwin | Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags - Gesetzes, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925 |
| MÜLLER, Gerhard | Gedanken zum Richterrecht, ArbuR 1977 (129 ff.) |
| NATZEL, Benno | Von den Elementen des Urlaubsbegriffs, DB 1968 (1491 ff.) |
| NIKISCH, Arthur | Arbeitsrecht, Erster Band, 3. Aufl., Tübingen 1961 |
| DERS. | Das Arbeitsgesetzbuch und die Lehre vom Arbeitsverhältnis, Festschrift für Erich Molitor, München, Berlin 1962 (83 ff.) |

| | |
|---|---|
| PALANDT, Otto | Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl., München 1979 |
| POTTHOFF, Heinz | Das Deutsche Arbeitsrecht, Handbuch für Vertrauensräte, Betriebsführer und Gefolgschaft, Berlin 1935 |
| DERS. | Probleme des Arbeitsrechtes, Rechtspolitische Betrachtungen eines Volkswirtes, 2. Aufl., Jena 1920 (1. Aufl., Jena 1912) |
| DERS. | Programm eines Reichsarbeitsgesetzes, DJZ 1908 (1301 ff.) |
| PULTE, Peter | Kodifizierung des Arbeitsrechts, BB 1978 (816 ff.) |
| RAMM, Thilo | Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidung, ZRP 1972 (13 ff.) |
| DERS. | Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, KritJ 1968 (108 ff.) |
| RICHARDI, Reinhard | Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974 (3 ff.) |
| RÜTHERS, Bernd | Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1. Aufl., Tübingen 1968 |
| V. SAVIGNY, Friedrich Karl | System des heutigen Römischen Rechts, 1. Band, Berlin 1840 |
| SCHAUB, Günter | Arbeitsrechtshandbuch, 3. Aufl., München 1977 |
| SCHELP, Günther | Es muß der Anfang gemacht werden, Betrachtungen zur Schaffung eines Gesetzes der Arbeit, RdA 1960 (127 ff.) |
| SCHWERDTNER, Peter | Arbeitsrecht I, Individualarbeitsrecht, Juristischer Studienkurs, München, 1. Aufl., 1976 |
| DERS. | Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970 |
| DERS. | Fürsorge- und Treuepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses oder: Vom Sinn und Unsinn einer Kodifikation des Allgemeinen Arbeitsvertragsrechts, ZfA 1979 (1 ff.) |

| | |
|---|---|
| DERS. | Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses neu zu regeln ?, BlStSozArbR 1978 (273 ff.) |
| SEITER, Hugo | Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 613 a BGB |
| SINZHEIMER, Hugo | Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927 |
| DERS. | Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechtes für Deutschland, Berlin 1914 |
| SOERGEL, Hs. Th. / SIEBERT, W. | Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241 - 610), 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 |
| SÖLLNER, Alfred | Arbeitsrecht, 5. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1976 |
| DERS. | Arbeitsrechtskodifikation und Bürgerliches Gesetzbuch, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin, Heidelberg, New York 1978 (91 ff.) |
| STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF DER ARBEITSGESETZBUCHKOMMISSION FÜR EIN ARBEITSGESETZBUCH - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht-, | Köln 1977 (Herausgegeben von der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände) |
| V. TUHR, Andreas | Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, München, Leipzig 1918 |
| VALLBRACHT, Gertmann | Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses in dem geltenden deutschen Rechte und in dem Entwurfe eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Gießen 1927 |
| WEBER, Hansjörg | Anmerkung zu BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht |
| DERS. | Anmerkung zu BAG SAE 1979 (189 ff.; 191 ff.) |

| | |
|---|---|
| DERS. | Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG, BB 1974 (698 ff.) |
| WIEDEMANN, Herbert / STUMPF, Hermann | Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., München 1977 |
| WOLF, Ernst | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1976 |
| DERS. | Anmerkung zu BAG AP Nr. 138 zu § 242 BGB Ruhegehalt |
| DERS. | Anmerkung zu BAG AP Nr. 78 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht |
| DERS. | Anmerkung zu BAG SAE 1973 ( 10 ff.; 13 ff.) |
| DERS. | Anmerkung zu BAG SAE 1975 (127 ff.; 132 ff.) |
| DERS. | Das Arbeitsverhältnis, Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis, Marburg 1970 |
| DERS. | Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967 (665 ff.) |
| DERS. | Der Begriff Arbeitsrecht, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979 (709 ff.) |
| DERS. | Der Begriff Gesetz, Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin 1970, (109 ff.) |
| DERS. | Gerichtliche Erkenntnis: Politische Entscheidung ?, Recht und Gesellschaft 1973 (16 f.) |
| DERS. | Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, Festschrift für Gerhard Schiedermair, München 1976 (545 ff.) |
| DERS. | Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Köln, Bonn, Berlin, München 1978 |

| | |
|---|---|
| DERS. | Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 1. Aufl., Köln, Bonn, Berlin, München 1978 |
| DERS. | Tatsächliches Arbeitsverhältnis, tatsächliche Übung und tatsächliche Ordnung, JZ 1971 (273 ff.) |
| WOLF, Ernst / VAN GELDER, Alfons | Anmerkung zu BAG SAE 1970 (121 f.; 122 ff.) |
| WOLF, Ernst / LÜKE, Gerhard / HAX, Herbert | Scheidung und Scheidungsrecht, Grundfragen der Ehescheidung in Deutschland, Tübingen 1959 |
| ZITSCHER, Wolfram | Der "verständige Betrachter" als Rechtsquelle - Wege und Grenzen richterlicher Erkenntnisse im Arbeitsrecht -, ArbuR 1977 (65 ff.) |
| ZÖLLNER, Wolfgang | Arbeitsrecht, Ein Studienbuch, 1. Aufl., München 1977 |
| DERS. | Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag, AcP 176 (221 ff.) |
| DERS. | Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln ?, Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag, München 1978 |

Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... I

Literaturverzeichnis ..... IV

§ 1 Die Geschichte der Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz ..... 1

§ 2 Die erhobenen Bedenken gegen die Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes ..... 4

§ 3 Das Verhältnis der Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch ..... 15

§ 4 Die Begründung des Arbeitsverhältnisses ..... 23

§ 5 Der Arbeitnehmerbegriff und die in den Entwürfen vorgenommene Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten ..... 46

§ 6 "Treue-", "Fürsorge-" und "Interessenwahrungspflichten" ..... 58

§ 7 Die Beschäftigungspflicht ..... 74

§ 8 Die Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht aufgrund gesetzlicher Tatbestände ..... 89

§ 9 Die Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers ... 99

§ 10 Die Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung der für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltenden vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen des Arbeitnehmers ..... 111

§ 11 Die Urlaubsregelungen ..... 121

§ 12 Gesetzlicher Übergang von Arbeitsverhältnissen aufgrund rechtsgeschäftlicher Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils? ..... 138

§ 13 Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ..... 148

§ 14 Die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrags ..... 165

§ 15 Arbeitsverhältnisse ohne Entstehungstatbestand? .. 173

§ 16 Die Ergebnisse der Untersuchung ..... 188

## § 1 Die Geschichte der Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz[1)]

Die Forderung, ein einheitliches Arbeitsvertragsrecht zu schaffen, wurde - allerdings erfolglos - bereits bei der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Reichstag erhoben.[2)] Vor dem ersten Weltkrieg haben sich insbesondere Potthoff[3)] und Sinzheimer[4)] für dieses Ziel eingesetzt. Die Weimarer Verfassung vom 11. August 1919 enthielt in Art. 157 Abs. 2 den Programmsatz: "Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht". Bereits vor Erlaß der Weimarer Verfassung hatte die Reichsregierung den Reichsarbeitsminister mit der Ausarbeitung eines Gesetzentwurfs über ein einheitliches Arbeitsrecht beauftragt. Im Mai 1919 wurde daraufhin der sog. Arbeitsrechtsausschuß, eine Sachverständigenkommission, die sich in mehrere Unterausschüsse aufgliederte, gebildet. Als Ergebnis seiner Tätigkeit legte der Arbeitsrechtsausschuß 1923 den Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes vor, der zusammen mit einer von Potthoff verfaßten Denkschrift veröffentlicht wurde.[5)]

Der zweite Versuch, ein Arbeitsvertragsgesetz zu schaffen, wurde 1938 mit dem "Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" unternommen, der von dem Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht vorgelegt wurde,

---

1) Vgl. dazu auch Dieterich, RdA 1978 (332 f.); Schelp, RdA 1960 (127 f.).

2) Sten. Ber. d. RT 1895 / 7, 3. Anlageband (2119); vgl. dazu auch das Zitat der Resolution bei Potthoff, Probleme des Arbeitsrechtes, 2. Aufl., 1920 (88).

3) Vgl. u.a. Potthoff, Probleme des Arbeitsrechtes, 1. Aufl., 1912, insbesondere (88 ff.); ders., DJZ 1908 (1301 ff.).

4) Siehe u. a. Sinzheimer, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechtes für Deutschland, 1914.

5) Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift, Reichsarbeitsblatt 1923, 28. Sonderheft, 2. Stück.

dessen Vorsitz Alfred Hueck führte[6]. Auch dieser Entwurf wurde - wie der Entwurf von 1923 - nicht Gesetz.

Nach dem zweiten Weltkrieg ist in einigen Landesverfassungen[7], nicht jedoch im Grundgesetz ein Art. 157 Abs. 2 der Weimarer Verfassung entsprechender Programmsatz aufgenommen worden. Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat die Forderung, ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen, bereits 1949 auf seinem Gründungskongreß erhoben[8] und später mehrfach bekräftigt[9]. 1959 faßte der Bundestag einstimmig den Beschluß, die Bundesregierung zu beauftragen, mit den Vorarbeiten zu dem Entwurf eines Deutschen Arbeitsgesetzbuches zu beginnen[10]; das Bundesarbeitsministerium vergab daraufhin mehrere Forschungsaufträge, die das Gesetzgebungsvorhaben jedoch nicht wesentlich vorantrieben[11]. Erst 1970 wurde eine unter dem Vorsitz von Herschel arbeitende unabhängige Sachverständigenkommission (Arbeitsgesetzbuchkommission) von der Bundesregierung eingesetzt[12], deren "Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht" im September 1977 veröffentlicht wurde[13]. Kurz zuvor hatte bereits der Deutsche Gewerkschaftsbund seinen "Entwurf für ein Arbeitsverhältnisgesetz" publiziert[14], der einen Alternativvorschlag zu dem Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission darstellt.

---

6) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 8, 1938.

7) Bayern (Art. 172), Bremen (Art. 50), Hessen (Art. 29), Rheinland-Pfalz (Art. 54).

8) Der entsprechende Beschluß des Gründungskongresses ist in RdA 1949 (460) veröffentlicht.

9) Vgl. dazu Ramm, ZRP 1972 (13).

10) Sten.Ber. der Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Band 44 (5009).

11) Vgl. dazu Dieterich, RdA 1978 (333).

12) Zur Arbeitsweise der Arbeitsgesetzbuchkommission vgl. Dieterich, RdA 1978 (333 f.).

13) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht -, herausgegeben vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1977.

14) Entwurf für ein Arbeitsverhältnisgesetz, herausgegeben vom Deutschen Gewerkschaftsbund, 1977; ebenfalls - jedoch mit leicht verschobener Zählung - abgedr. in RdA 1977 (166 ff.).

Nach Abschluß der Arbeiten an dem bisher veröffentlichten Teilentwurf wandte sich die Arbeitsgesetzbuchkommission zunächst den Themen "Allgemeine Vorschriften" und "Besonderes Arbeitsverhältnisrecht" zu, beschloß dann jedoch im Mai 1978 auf Vorschlag des Bundesarbeitsministeriums, ihre Arbeiten auf unbestimmte Dauer einzustellen[15].

15) Vgl. die Ausf. in: Jahresbericht der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, 1978 (18 f.).

## § 2 Die gegen die Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes erhobenen Bedenken

Gegen die Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches - und somit auch gegen die Verabschiedung eines Arbeitsvertragsgesetzes - sind immer wieder Bedenken erhoben worden[1]. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände hat "erhebliche Zweifel, ob eine Gesamtkodifikation des Arbeitsrechts angesichts der bisherigen Entwicklung auf diesem Rechtsgebiet sachlich erforderlich und geboten ist. Dies" gelte "besonders für die Kodifikation eines so grundlegenden und differenziert gestalteten Teilgebietes wie des Arbeitsvertragsrechts"[2]. Der Vorsitzende der Arbeitsgesetzbuchkommission, Herschel, hat 1959 ausgeführt[3], die "Gesamtkodifikation des Arbeitsrechts" bedeute "naturgemäß Festlegen, Zementieren und damit Abgehen von dem organischen natürlichen Fluß der tieferen Quellen des Rechts, die gerade auf unserem Gebiet" - dem Arbeitsrecht (Erg. des Verf.) - "so reichlich und heilbringend sprudeln". Übereinstimmend ist Nikisch[4] der Auffassung, daß ein Arbeitsgesetzbuch "die natürliche Weiterbildung dieses so überaus lebendigen Rechts unterbinden" würde. Erdsiek[5] stellt fest, "die Zeit" sei "noch nicht reif, alles" sei "noch im Fluß"[6].

Die Auseinandersetzung mit den zuletzt dargelegten Ansichten wird dadurch erschwert, daß die Autoren sich keiner juristischen, sondern einer Bildersprache bedienen. - Recht

---

1) Vgl. die Zusammenstellung der Argumente für und gegen ein Arbeitsgesetzbuch von Mayer - Maly, NJW 1978 (1567), der sich im Ergebnis für die Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches ausspricht.

2) Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (3).

3) Herschel, DB 1959 (1443 f.).

4) Nikisch, Festschrift für Erich Molitor (91).

5) Erdsiek, NJW 1961 (648).

6) Vgl. auch Kübler, JZ 1969 (645 ff.).

sind die rechtlichen Verhältnisse; Arbeitsrecht ist das Recht der Arbeitsverhältnisse und der mit diesen ihrem Inhalt nach zusammenhängenden Rechtsverhältnisse. Ein rechtliches Verhältnis, also auch ein Arbeitsverhältnis, ist aber kein körperliches Seiendes, insbesondere kein Lebewesen. Ein "organischer natürlicher Fluß der tieferen Quellen des Rechts" und eine "natürliche Weiterbildung" eines "lebendigen Rechts" kann deshalb nicht existieren. Ein rechtliches Verhältnis - wie auch sein Entstehungstatbestand - hat nicht die Eigenschaft zu "fließen" oder "reichlich und heilbringend" zu "sprudeln". Das Arbeitsrecht kann sich somit auch nicht "im Fluß" befinden.

Die wiedergegebenen Bedenken haben ihren Grund darin, daß überwiegend angenommen wird, Arbeitsrecht beruhe weitgehend auf "Richterrecht"[7]; "der Richter" sei "der eigentliche Herr des Arbeitsrechts"[8]. Das Bundesverfassungsgericht[9] vertritt die Ansicht, die "Fortbildung des Rechts" habe "im Arbeitsrecht" "infolge des Zurückbleibens der Gesetzgebung hinter dem Fluß der sozialen Entwicklung besonderes Gewicht erlangt". "Mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung" wachse "notwendig die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts".

---

7) Vgl. z.B. BAGE 23 (292 ff. (320)); Falkenberg, DB 1975 (2036); Gamillscheg, AcP 176 (208); Mayer-Maly, NJW 1978 (1567); Gerhard Müller, ArbuR 1977 (135); Pulte, BB 1978 (816); Schwerdtner, ZfA 1979 (3).

8) Dieses Zitat stammt von dem Vorsitzenden des Ausschusses für den Allgemeinen Teil und die Begründung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsgesetzbuchkommission, Gamillscheg, AcP 164 (388).

9) BVerfGE 34 (269 ff. (288)).

Entsprechend dieser Rechtsprechung führt Hanau[10] aus: "Die deutschen Höchstgerichte nehmen ihre verfassungs- und verfahrensrechtliche Legitimation zur Rechtsfortbildung so energisch wahr, daß sie der Respekt vor einer neuen Kodifikation des Arbeitsrechts schwerlich zu übertriebenem Gesetzesgehorsam veranlassen wird." Er hat deshalb - entgegen den oben dargelegten Ansichten - keine Bedenken, daß "arbeitsrechtliche Kodifikationen" "die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts hemmen" könnten. Desgleichen ist Gamillscheg[11] der Meinung, "Richterrecht" werde "auch in Zukunft an vorderster Stelle stehen, in den durch die Kodifikation abgedeckten Bereichen ebenso wie in den von ihr freigelassenen. Es" komme "hinzu, daß uns inzwischen die Figur des politischen Richters beschert" worden sei, "der sich gesetzlichen Wertungen nur insoweit verpflichtet" fühle, "als sie seinem progressiven Weltbild" entsprächen. Ebenso führt Schwerdtner[12] aus, "das Bundesarbeitsgericht" werde sich "auch bei einer auspositivierten Normierung des Arbeitsverhältnisrechts sein z.T. stark ausgeprägtes rechtspolitisches Engagement nicht nehmen lassen". "Das Arbeitsvertragsrecht" sei "in 'Kassel' gut aufgehoben"[13]. Dieterich[14] legt in seinen Ausführungen zum Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission dar, "das Arbeitsverhältnisgesetz" enthalte "eine Unzahl von Generalklauseln, die die dominierende Stellung des Richters eher bestätigen als schwächen" würden.

Der in der Literatur ausgetragene Meinungsstreit beruht also letztlich auf der Frage, ob durch ein Arbeitsvertragsgesetz - bzw. Arbeitsgesetzbuch - die "richterliche Rechtsfortbildung" des Arbeitsrechts "gehemmt" wird. - Folglich ist es erforderlich zu klären, ob eine derartige "richterliche Rechtsfortbildung" des Arbeitsrechts überhaupt möglich ist, ob also Arbeitsrecht tatsächlich weitgehend

---

10) Hanau, ZRP 1978 (216).

11) Gamillscheg, AcP 176 (208).

12) Schwerdtner, ZfA 1979 (4).

13) Schwerdtner, ZfA 1979 (3).

14) Dieterich, RdA 1978 (334).

"Richterrecht" ist. Dieses würde voraussetzen, daß "Richterrecht" möglich ist.

Die Legitimation der Richter zur "Gewinnung des Richterrechts" wird u. a. mit der für sie bestehenden Verpflichtung begründet, im Prozeß ein Urteil zu fällen[15], wobei aber angenommen wird, daß das gerichtliche Urteilsverfahren kein Erkenntnisverfahren, sondern ein Regelungsverfahren ist, ein Richter mit seinem Urteil keine Erkenntnis darlegt, vielmehr das von ihm "Erkannte" erst erzeugt ("Rechtsschöpfungstätigkeit" des Richter). Dieses wird deutlich, wenn ausgeführt wird, "Recht" sei "eben auch das sich aus dem Sachverhalt ergebende Recht"[16], oder: "erst der Erkenntnisakt des Richters" gebe "Rechtsbegriffen ihren Inhalt"[17].

Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung "an Gesetz und Recht gebunden". Richten ist demgemäß Recht Erkennen und besteht als solches darin, begründet wahr zu urteilen, ob ein streitiges rechtliches Verhältnis existiert oder nicht existiert. Diese Erkenntnis ist dem Richter grundsätzlich möglich, da die rechtlichen Verhältnisse, also die subjektiven Rechte, Rechtspflichten und Rechtsverhält-

---

15) Vgl. Gerhard Müller, ArbuR 1977 (133).

16) Gerhard Müller, ArbuR 1977 (134); die Ansicht von G. Müller beruht auf einer fehlerhaften Auslegung des Art. 20 Abs. 3 GG. Mit den Worten "und Recht" in Art. 20 Abs. 3 wird die Gesetzesgebundenheit nicht aufgehoben oder eingeschränkt, sondern ausgedrückt, daß die Rechtsprechung auch an rechtsgeschäftlich, insbesondere vertraglich hergestellte Rechtswirkungen gebunden ist, die individuell frei hergestellt werden und deshalb nicht als gesetzliche Rechtswirkungen bezeichnet werden. Eine - von G. Müller gegebenenfalls mit seinen Ausführungen gemeinte - Berechtigung des Richters, "Recht" "intuitiv zu erschauen", kann es nicht geben. Intuition ist göttliche Eingebung, diese aber ist mit wissenschaftlichem Erkennen, d.h. nach Gesetzen methodisch beweisendem Erkennen, unvereinbar.

17) Zitscher, ArbuR 1977 (66).

nisse, unabhängig von ihrem Gedachtwerden existieren, also real sind. Sie unterliegen als reale Seiende den Kausalgesetzen, sind erfahrbar und somit wissenschaftlich erkennbar[18].

In der Praxis besteht allerdings die Schwierigkeit, daß die zu beurteilenden Sachverhalte zumeist umstritten sind. Der der Beurteilung zugrunde gelegte Sachverhalt ist prozessual ermittelt (u.a. durch Beweislastregeln und Beweiswürdigung). Bei Fehlerfreiheit der Beweismittel und der Beweisaufnahme entspricht er aber den Tatsachen. Zweifelsfragen werden durch die Regelung der Rechtskraft ausgeschlossen, nach der eine einmal erfolgte Beurteilung als verbindlich gilt, mag das als verbindlich Festgestellte auch nicht wahr sein[19]. Eine Legitimation des Richters zur "Gewinnung von Richterrecht" läßt sich daraus nicht ableiten.

"Richterrecht" ist nicht möglich[20], da ein gerichtliches Urteil sich nur auf das als bestehend oder nicht bestehend streitige rechtliche Verhältnis bezieht, das Gegenstand des Prozesses ist, in dem es ergeht; auf andere rechtliche Verhältnisse, seien es auch gleiche, hat es keine rechtlichen

---

18) Zur Begründung der Realen Rechtslehre vgl. Bickel, Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (95 f.); Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 1 A (1 ff.), insbesondere (5 ff.).

19) Bickel, Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (97).

20) Vgl. Bickel, alma mater philippina, WS 1976/77 (7 ff.); Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 17 B III (536 f.); ders., Festschrift für Schiedermair (558); siehe auch Hirsch, JR 1966 (334 ff.), der feststellt (341): "Richterrecht ist für eine Rechtsordnung, die wie die unsrige strukturiert ist, eine contradictio in adiecto, ja mehr noch: es bedeutet Rechtsbruch."; im Erg. wohl auch übereinstimmend Zöllner, Arbeitsrecht, § 6 V 2 (58), der ausführt: "Die Klarstellung, daß es ein Richterrecht im normativen Sinn nicht gibt, ist wichtig, weil das Bewußtsein auch bei den Richtern der Obergerichte erhalten werden muß, daß sie nicht Herren, sondern Diener des Gesetzes sind.".

Wirkungen. Ein Gericht hat, von den Sonderfällen der sog. "Gestaltungsurteile" abgesehen, nicht die Macht, zwischen den Prozeßparteien ein rechtliches Verhältnis herzustellen, zu ändern oder zu beenden. Es kann nur feststellen, was rechtens ist, nicht selbst Recht schaffen[21]. Denn die Rechtsprechung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden, eine Bindung an gerichtliche Urteile besteht - abgesehen von der nur zwischen den Parteien bestehenden Rechtskraftwirkung - nicht. Ein Gericht ist nicht gehindert, von einer "konstanten Rechtsprechung" jederzeit abzugehen; die allgemeine Gestaltung von rechtlichen Verhältnissen durch eine "konstante Rechtsprechung" ist somit nicht möglich.

Von Esser[22] wird die Ansicht vertreten, "der Richter" sei "frei und nur dem Gesetz unterworfen - das Gesetz aber" sei "das, was er selbst darunter pflichtgemäß" verstehe. "Damit" wandele "sich mit seinem Verständnis das, dem er unterworfen" sei.- Diese Ausführungen sind verfehlt. Die Gebundenheit an das Gesetz kann nur entweder bestehen oder nicht bestehen. Sie kann nicht vom Belieben des Gebundenen, des Richters, abhängen.

Bis ein Urteil von einem letztinstanzlichen Gericht gefällt wird, können Jahre vergehen. Die Macht zu bewirken, daß - Jahre nachdem der Sachverhalt abgeschlossen ist - ein bereits beendetes rechtliches Verhältnis nicht beendet worden ist, daß ein nicht beendetes rechtliches Verhältnis beendet worden ist, daß ein begründetes rechtliches Verhältnis nicht begründet oder mit einem anderen Inhalt begründet worden ist

---

21) Vgl. dazu auch Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., Einf. zu §§ 322-327, Anm. 2 B (736): "Schüfe der Richter das subjektive Recht erst durch sein Urteil, dann wären alle Rechtsgeschäfte nur Wünsche; der Richter wendet aber Recht an und schafft nicht Recht."

22) Esser, Festschrift für Fritz v. Hippel (113).

oder daß ein nicht begründetes rechtliches Verhältnis begründet worden ist, kann auch ein letztinstanzliches Gericht, wie z.B. das Bundesarbeitsgericht, nicht haben. Ist beispielsweise ein Arbeitsverhältnis durch einen Beendigungstatbestand beendet worden, so hat auch das Bundesarbeitsgericht nicht die Macht zu bewirken, daß es nicht beendet worden ist. Entsprechendes gilt, wenn ein Arbeitsverhältnis mangels eines Entstehungstatbestands nicht begründet worden ist; auch die Lehre vom sog. "faktischen Arbeitsverhältnis" bewirkt nicht, daß es dennoch (trotz des Mangels eines Entstehungstatbestands) entstanden ist, denn jede Wirkung bedarf ihrer Ursache, eine Wirkung ohne Ursache gibt es nicht.

Vielfach wird zur Rechtfertigung von "Richterrecht" die Ansicht vertreten, der Gesetzgeber vermöge "mit dem raschen sozialen Wandel im Arbeitsleben nicht Schritt zu halten"[23]; diese Behauptung enthält eine petitio principii, da sie voraussetzt, daß der Gesetzgeber "mit dem raschen sozialen Wandel ... Schritt ... halten" muß. Ihre Richtigkeit ist zudem bereits von Bickel[24] am Beispiel des § 78 a BetrVerfG widerlegt worden. Während der Gesetzgeber zur Schaffung dieser gesetzlichen Regelung nur zwölf Wochen benötigte, nahm die "Rechtsschöpfung" des Bundesarbeitsgerichts einundzwanzig Monate (Dauer der Rechtshängigkeit) in Anspruch. Die Ansicht, nur "Richterrecht" ermögliche eine erwünschte schnelle Regelung, ist somit unrichtig.

Da eine "Rechtsfortbildung" des Arbeitsrechts durch "Richterrecht" nicht möglich ist, entbehren die Bedenken, daß durch ein Arbeitsvertragsgesetz bzw. Arbeitsgesetzbuch die "Rechtsentwicklung" "gehemmt" werden könnte, jeder Grundlage; eine Reform des Arbeitsrechts kann nur durch eine

---

23) Vgl. Zitscher, ArbuR 1977 (67).

24) Bickel, SAE 1976 (117).

gesetzliche Regelung erfolgen[25]. Die Ansicht, es sei Aufgabe der Gerichte, durch ihre Urteile eine "Fortbildung des Rechts" zu bewirken (vgl. §§ 137 GVG, 45 Abs. 2 ArbGG, 11 Abs. 4 VwGO), entspricht der historischen Rechtsauffassung vom permanenten "Fortschreiten" des Rechts[26].

Der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission enthält, wie auch Dieterich[27] erklärt, "eine Unzahl von Generalklauseln". Sogenannte "Generalklauseln", auch "ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstäbe"[28], sollen die "Aufhänger für die konkrete richterliche Normbildung"[29] sein, sie sollen "zum Zwecke sogenannter Rechtsfortbildung herangezogen"[30] werden, sie sollen "die dominierende Stellung des Richters bestätigen"[31], "jede gelungene Konkretisierung in der Beurteilung eines Einzelfalles"[32] soll sie fortbilden, "Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung" sollen hier "ein und derselbe Prozeß"[33]

---

25) Erwähnenswert erscheinen mir in diesem Zusammenhang die kritischen Ausführungen von Hattenhauer, ZRP 1978 (83 ff. (86)) zum "Richterrecht": "Als der Nationalsozialismus seine Herrschaft antrat, verzichtete man bewußt auf die Verabschiedung eines neuen Zivilgesetzbuches. Man vertraute mit Erfolg darauf, daß die Richter durch Ausfüllen der Generalklauseln mit NS-Ideologie das Zivilrecht auf den gewünschten Kurs bringen würden. Politische Machtübernahme und politischer Machtwechsel vollziehen sich im Zivilrecht heute nicht mehr primär über eine neue Gesetzgebung, sondern über die 'Umerziehung' der Richter zu den neuen Lehren und über das Richterrecht. Man muß daher Bedenken hegen, wenn die in einer Demokratie durchzuführende Reform auf dieser Ebene veranstaltet wird.".

26) Vgl. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts (40); siehe dazu die ausführliche Kritik von Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 17 (522 ff.).

27) Dieterich, RdA 1978 (334).

28) Vgl. Larenz, Methodenlehre (203).

29) Kübler, JZ 1969 (650).

30) Zitscher, ArbuR 1977 (67).

31) Dieterich, RdA 1978 (334).

32) Larenz, Methodenlehre (278).

33) Larenz, Methodenlehre (278).

sein. Es wird eingeräumt, ein "ausfüllungsbedürftiger Wertungsmaßstab" entziehe "sich zwar jeder begrifflichen Definition"[34], er enthalte jedoch einen "spezifischen Rechtsgedanken"[35]. Zweck der "Generalklauseln" ist es also, die weitere "Rechtsfortbildung" zu gewährleisten, dieses ist ein Grund dafür, daß sie im Entwurf von 1977 besondere Berücksichtigung gefunden haben.

"Ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstäbe" sind im Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission beispielsweise in den §§ 3 a, 26 und 26 i enthalten. In § 3 a, der von der Arbeitsgesetzbuchkommission als "Generalklausel über die richterliche Billigkeitskontrolle"[36] bezeichnet wird, ist in Abs. 1 bestimmt: "Sind bei Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien über den Inhalt des Arbeitsvertragsverhältnisses die Belange des Arbeitnehmers nicht in angemessener Weise gewahrt worden und ergibt sich daraus ein offenbares Mißverhältnis der Rechte und Pflichten zwischen den Arbeitsvertragsparteien oder tritt ein solches Mißverhältnis später ein, so ist das Mißverhältnis durch Urteil zu beseitigen."- In § 26, der die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung zum Gegenstand hat, ist in Abs. 2 bestimmt: "Bei grober Fahrlässigkeit kann der Richter ausnahmsweise die Ersatzpflicht ermäßigen, wenn wegen besonderer in der Art der Arbeit oder der Person des Arbeitnehmers liegender Umstände die volle Haftung eine unzumutbare Härte bedeuten würde." - § 26 i, der die Haftung von leitenden Angestellten regelt, enthält in S. 2 die Bestimmung: "Bei leichter Fahrlässigkeit kann der Richter ausnahmsweise die Ersatzpflicht ermäßigen, soweit sie im Einzelfall wegen der Höhe der Schadenhaftung billigem Ermessen widersprechen würde."

---

34) Larenz, Methodenlehre (203).

35) Larenz, Methodenlehre (203).

36) Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission (22).

Die "ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstäbe": "in angemessener Weise", "offenbares Mißverhältnis", "besondere Umstände", "unzumutbare Härte", "billiges Ermessen" haben, wie auch Larenz[37] einräumt, keinen begrifflichen Inhalt. Der von ihm behauptete "spezifische Rechtsgedanke", der in ihnen enthalten sein soll, existiert jedoch ebenfalls nicht. Ein Gedanke existiert nur während der Zeit seines Gedachtwerdens, er existiert also nur als Bestandteil eines Denkakts; ist der Denkakt beendet, existiert der Denkinhalt ebenfalls nicht mehr. Da ein geistiges Seiendes nur in Verbindung mit einem körperlichen Seienden existiert[38], kann ein "spezifischer Rechtsgedanke" nicht in einem "ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstab" enthalten sein. Auch kann ein derartiger "spezifischer Rechtsgedanke" nicht von einem Menschen aufgrund eines "ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstabes" gedacht werden, da er keinen begrifflichen Inhalt hat, sondern der "Konkretisierung"[39] bedarf, also noch unbestimmt ist. Etwas Unbestimmtes kann aber nicht Inhalt eines Denkakts sein. Bei den "Generalklauseln" handelt es sich deshalb um Leerformeln, die für logische Folgerungen unbrauchbar sind[40] und somit die Entscheidung "richterlichem Gutdünken"[41], ja richterlicher Willkür überlassen. Da aufgrund rechtlicher Gesetze bei gleichen Sachverhalten gleiche Rechtswirkungen eintreten, ist in gerichtlichen Verfahren - von prozessualen Besonderheiten abgesehen - bei gleichen Fällen gleich zu urteilen. Diese "Rechtsanwendungsgleichheit" existierte als rechtliches Gesetz auf "alle Deutschen" bezogen in Art. 109 Abs. 1 WeimRV, auf "alle Menschen" bezogen ist sie heute Inhalt des Art. 3 Abs. 1 GG; die "Rechtsanwendungsgleichheit" galt bis 1922 als alleiniger Inhalt des

---

37) Larenz, Methodenlehre (203).

38) Die einzige Ausnahme stellt Gott dar.

39) Vgl. Larenz, Methodenlehre (207).

40) Vgl. dazu auch Bickel, Gleichbehandlungsgrundsatz (56), Fußn. 18.

41) Zitscher, ArbuR 1977 (71).

Art. 109 Abs. 1 WeimRV. Erst danach wurde behauptet, daß dieser "Gleichheitssatz" sich auch und in erster Linie an den Gesetzgeber wende und ihn verpflichte, "Gleiches gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln"[42]. Die Verwendung von "Generalklauseln" durch den Gesetzgeber macht eine "Rechtsanwendungsgleichheit" unmöglich und verstößt deshalb - ebenso wie die "Rechtsfortbildung durch Richterrecht" - gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

---

42) Vgl. Bickel, Gleichbehandlungsgrundsatz (51) m.w.N.

## § 3 Das Verhältnis der Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1)]

### I. Einleitung

Die grundlegende Frage, ob die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, also insbesondere auch die Bestimmungen des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts, für das Arbeitsverhältnis gelten sollen, mußte von den Verfassern der einzelnen Entwürfe jeweils entschieden werden. Die von ihnen vorgeschlagenen Lösungen sind Gegenstand der folgenden Ausführungen.

### II. Der Entwurf von 1923:

§ 169 des Entwurfs von 1923 regelt das Verhältnis zu den anderen Gesetzen. In § 169 Abs. 3 ist bestimmt:

> "Im übrigen finden die Reichsgesetze insoweit Anwendung, als sich aus diesem Gesetze nicht ihre Unanwendbarkeit ergibt."

Das Bürgerliche Gesetzbuch wird in dieser Regelung nicht ausdrücklich erwähnt. In der "Denkschrift" zu diesem Entwurf wird ausgeführt[2)], "das Bürgerliche Gesetzbuch ..." stehe "hinter dem Sonderrechte des Arbeitsvertrages und" gelte, "soweit dieses nichts anderes" ergebe. "Einzelne Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches" seien "wiederholt, weil sie ausschließlich oder ganz vorwiegend Bedeutung für das Arbeitsverhältnis" hätten "und im Arbeitsgesetzbuche gesucht werden"

---

1) Vgl. dazu u.a. Gamillscheg, Festschrift für Weber (794 ff.); ders., AcP 176 (197 ff.); Mayer - Maly, NJW 1978 (1569); ders., JZ 1961 (205 ff.); Söllner, Gedächtnisschrift für Rödig (92 ff.); vgl. ferner Bydlinski, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht, 1969; Isele, Juristen - Jahrbuch 8, 1967/68 (63 ff.), Richardi, ZfA 1974 (3 ff.).

2) "Denkschrift" (12) unter "Zweck des Entwurfes", Ziff. 2, Buchst. b.

müßten. "Dem letzten Bedürfnisse" sei "mehrfach auch nur durch Verweisung Rechnung getragen".

Damit kann festgestellt werden, daß der Entwurf von 1923 das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich für anwendbar erklärt. Nur soweit der Entwurf spezielle Regelungen enthält, schließen diese die Anwendbarkeit der allgemeineren Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus. Als Beispiel mag § 76 des Entwurfs dienen, der - soweit er tatbestandsmäßig vorliegt - als lex specialis die Anwendbarkeit des § 615 BGB ausschließt; für die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gelten allerdings die allgemeineren Regelungen der §§ 293 ff. BGB[3].

III. Der Entwurf von 1938:

§ 4 des Entwurfs hat folgenden Wortlaut:

> "(1) Für das Arbeitsverhältnis gelten die Vorschriften dieses Gesetzes, soweit nicht Sondergesetze Abweichendes bestimmen.
>
> (2) Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag sind nicht anzuwenden. Die sonstigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten insoweit, als sich nicht aus diesem Gesetz oder aus dem Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft etwas anderes ergibt."

In der Begründung wird ausgeführt[4], "die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag" gingen "von einer so abweichenden Grundauffassung aus, daß sie für das Gebiet des Arbeitsrechts völlig ausgeschlossen werden" müßten. "Auch ergänzend" könne "auf sie nicht zurückgegriffen werden. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches außerhalb des Dienstvertragstitels dagegen" blieben "auch auf Arbeitsver-

---

3) Vgl. "Denkschrift" (19) unter "Annahmeverzug und Betriebsstockung", Ziff. 1.

4) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 (48).

hältnisse anwendbar ...". "Der Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuches" solle "aber für das Arbeitsverhältnis nur insoweit gelten, als nicht das neue Gesetz selbst Abweichendes" bestimme "oder sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als Arbeits- und Betriebsgemeinschaft etwas anderes" ergebe. "Dem Rechtverkehr und dem richterlichen Amt" eröffne "sich hier ein dankbares Feld ganzheitlicher Gestaltung und die Aufgabe, abzusondern, was vom alten Bestand des bürgerlichen Rechts auf das aus seinem Wesen heraus verstandene Arbeitsverhältnis nicht mehr" passe.

Der Entwurf von 1938 erklärt damit das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr uneingeschränkt für anwendbar. Entsprechend der damals vorherrschenden Ideologie sollte dem Arbeitsrichter vor jeder Anwendung einer BGB - Regelung die Prüfung auferlegt werden, ob die in Betracht genommene Bestimmung mit dem "Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" vereinbar sei. Dieses an den Richter gestellte Anliegen ist jedoch mit seiner Gebundenheit an das Gesetz unvereinbar. Richten ist Recht Erkennen und besteht als solches darin, begründet wahr zu urteilen, ob ein bestimmtes rechtliches Verhältnis existiert oder nicht existiert. Eine Rechtswirkung tritt bei Vorliegen eines Tatbestands notwendig, also gesetzmäßig ein. Aufgabe des Richters ist es zu erkennen, ob der Tatbestand vorliegt oder nicht und ob infolgedessen die Rechtswirkung eingetreten oder aufgrund eines Ausschlußtatbestands nicht eingetreten ist. Die Tatsache, daß ein gesetzlicher Tatbestand "von einer abweichenden Grundauffassung" "ausgeht" hat nicht den Inhalt zu bewirken, daß die ihm entsprechende Rechtswirkung nicht eintritt. Ebensowenig kann dieses durch das Wollen des Richters bewirkt werden, denn ein erkennendes Urteil hat den Inhalt, einen Gegenstand so zu bestimmen, wie er ist, nicht, ihn inhaltlich zu "gestalten", also zu ändern. Bestimmt das Urteil den Gegenstand nicht so, wie er ist, so ist es unwahr. Dieses hat jedoch nicht die Wirkung, daß der Gegenstand, auf den es sich bezieht, inhaltlich geändert wird.

IV. Der Entwurf von 1977:

Der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission enthält über das Verhältnis zum Bürgerlichen Recht in § 128 Abs. 1 folgende Regelung:

> "Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Dienstverhältnis (§§ 611 bis 630) keine Anwendung. Im übrigen finden die Vorschriften den Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Gesetz oder aus der Eigenart des Arbeitsverhältnisses etwas anderes ergibt."

Gesetzestechnisch folgt der Entwurf von 1977 damit der gleichen Lösung, die bereits dem Entwurf von 1938 zugrunde lag[5]. Allerdings muß festgestellt werden, daß die ideologiebehafteten Worte "Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" durch die Formulierung "Eigenart des Arbeitsverhältnisses" ersetzt worden sind. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine im Verhältnis zum Entwurf von 1938 "nüchterne Formulierung"[6], vielmehr soll bzw. sollte mit dem jeweiligen Tatbestandsmerkmal ein anderer Inhalt behauptet werden. Mit den Worten "Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" des § 4 Abs. 2 des Entwurfs von 1938 sollte das nationalsozialistische Führer-Gefolgsmann-Prinzip im Arbeitsrecht durchgesetzt werden.- Hingegen soll mit der Formulierung "Eigenart des Arbeitsverhältnisses" in § 128 Abs. 1 des Entwurfs von 1977 ausgedrückt werden, daß das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis besonderer Art sein soll, nämlich eines mit "personenrechtlicher Struktur"[7]. Die nationalsozialistische Ansicht, daß das Arbeits-

---

5) So auch Söllner, Gedächtnisschrift für Rödig (93).

6) So Söllner, Gedächtnisschrift für Rödig (93).

7) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 29 I 4 (94); vgl. auch Gamillscheg, Festschrift für Weber (799); Söllner, Arbeitsrecht, § 28 III 2 (208); Zöllner, Arbeitsrecht, § 11 II 7 b (96).

verhältnis ein "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" sei, ist von Ernst Wolf[8] bereits widerlegt worden und verliert zunehmend an Anhängern[9]. Dennoch wird gerügt, daß "das Bürgerliche Gesetzbuch ... offenbar davon" ausgehe, "daß sich das Arbeitsverhältnis in Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber" erschöpfe, "und ... nichts davon" wisse, "daß das industrielle Arbeitsverhältnis auf der Pflichtenseite die Einfügung des Arbeitnehmers in die vom Arbeitgeber organisierte Arbeitsteilung mit sich" bringe[10].- Dadurch wird deutlich, daß auch heute noch vertreten wird, das Arbeitsverhältnis sei ein Dauerschuldverhältnis mit "personenrechtlichem Einschlag"[11], "personenrechtlicher Struktur"[12] bzw. "personalem Charakter"[13], denn der Arbeitnehmer erbringe "die Arbeitsleistung in Person und in persönlicher Abhängigkeit" und damit werde "seine Persönlichkeit in ganz anderer und weitergehender Weise als bei der Erbringung einer Sachleistung erfaßt"[14].- In dieser Auffassung liegt auch der Grund für die von Gamillscheg vertretene Ansicht, der Richter sei zu einer "Vorprüfung" der "BGB-Regeln" "auf ihre soziale Tauglichkeit" verpflichtet[15]; er sei verpflichtet zu prüfen,

---

8) Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis, Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?, 1970, insbesondere (16 ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 A III d (181 ff.); vgl. dazu auch Ernst Wolf, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (709 ff.).

9) Vgl. die entsprechende Feststellung von Gamillscheg, Festschrift für Weber (799); Söllner, Gedächtnisschrift für Rödig (96); ders., Arbeitsrecht, § 28 III 2 (208); vgl. ferner Isele, Juristen-Jahrbuch 8, 1967/68 (74).

10) Söllner, Gedächtnisschrift für Rödig (95); Unterstreichung vom Verf.

11) Vgl. Isele, Juristen-Jahrbuch 8, 1967/68 (67).

12) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 29 I 4 (94).

13) Zöllner, Arbeitsrecht, § 11 II 7 b (96); vgl. auch Söllner, Arbeitsrecht, § 28 III 2 (208).

14) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 29 I 4 (94).

15) Gamillscheg, AcP 176 (220).

ob eine "BGB-Norm" "mit der Eigenart des Arbeitsverhältnisses in Einklang" stehe[16]. [17]

Ein personenrechtliches Verhältnis ist ein persönliches rechtliches Verhältnis zwischen bestimmten Menschen mit dem Inhalt, für das Wohl des anderen zu sorgen[18]. Die Pflichten, die durch ein personenrechtliches Verhältnis bedingt werden können, lassen sich zum Zeitpunkt seiner Entstehung nicht - auch der Gattung nach nicht - bestimmen. Beispiele für ein personenrechtliches Verhältnis sind das Eheverhältnis und das Eltern-Kind-Verhältnis. Ob aufgrund eines Eheverhältnisses Unterhaltspflichten entstehen, ist ungewiß; verfügen beide Ehegatten während der Dauer der Ehe über annähernd gleich große Einkünfte, so entstehen derartige Unterhaltspflichten nicht.- Wird ein Kind krank, so bedingt das Eltern-Kind-Verhältnis die Pflicht der Eltern, dieses zu pflegen bzw. für eine ausreichende Heilbehandlung zu sorgen; ob und wann derartige Pflichten entstehen, ist ungewiß. Tritt bei dem Kind eine charakterliche Fehlentwicklung auf, so bedingt das Eltern-Kind-Verhältnis die Pflicht der Eltern, geeignete erzieherische Maßnahmen zu ergreifen; auch hier ist bei der Begründung des Elter-Kind-Verhältnisses die Entstehung derartiger Pflichten völlig ungewiß.

Anders verhält es sich beim Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis ist ein Gattungsdienstverhältnis besonderer Art, nämlich ein Dauergattungsdienstverhältnis, also ein Gattungsdienstverhältnis, das zu seiner Beendigung eines besonderen Beendigungstatbestands bedarf[19]. Ein aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Dienstverpflichteter (Arbeitnehmer) schuldet Handlungen einer bestimmten Gattung. So schuldet ein in einer Werkstatt arbeitender Autoschlosser Handlungen, die geeignet sind, Autos zu reparieren und zu warten sowie Handlungen, die üblicherweise mit dem Aufgaben-

16) Gamillscheg, Festschrift für Weber (798).

17) Zur Verfehltheit der Ansicht von Gamillscheg vgl. die bereits zum Entwurf von 1938 gemachten Ausführungen.

18) Vgl. Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis (16).

19) Vgl. dazu die Ausf. von Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis (97 f.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 A III b (177 f.).

gebiet eines Autoschlossers zusammenhängen, wie z.B. die Überprüfung des technischen Zustands eines Fahrzeugs; die Anfertigung von Rechnungen beispielsweise schuldet er nicht.- Da ein Arbeitnehmer nicht eine Gattung von Handlungen leisten kann, ist eine Individualisierung erforderlich, die überwiegend - jedoch nicht notwendig - durch das sog. Direktionsrecht des Arbeitgebers erfolgt[20]. Wird dem im Beispiel genannten Autoschlosser aufgetragen, ein bestimmtes Fahrzeug zu reparieren, so schuldet er Handlungen, die geeignet sind, dieses Fahrzeug wieder fahrbereit zu machen.-

Der aus einem Arbeitsverhältnis Dienstberechtigte (Arbeitgeber) schuldet Arbeitsentgeltzahlung; das Arbeitsverhältnis hat im Regelfall den Inhalt, zu bestimmten Terminen das Entstehen von Arbeitsentgeltzahlungspflichten zu bedingen.

Wie sich aus diesen Ausführungen ersehen läßt, steht bereits bei Begründung des Arbeitsverhältnisses fest, was Arbeitgeber und Arbeitnehmer schulden und somit welche Pflichten durch das Arbeitsverhältnis bedingt werden. Arbeitgeber und Arbeitnehmer schulden nicht umfassende Sorge für die Person des anderen, das Arbeitsverhältnis ist somit kein personenrechtliches oder zum Teil personenrechtliches Verhältnis, sondern ausschließlich ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis. Von einer "Eigenart des Arbeitsverhältnisses" zu sprechen, ist deshalb verfehlt. Abgesehen von einer Einschränkung durch spezielle Tatbestände, die in ein Arbeitsvertragsgesetz aufzunehmen wären (wie z.B. Regelungen über die Begrenzung der Haftung oder über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen), welche dann im Rahmen ihres Anwendungsbereichs die Geltung der allgemeineren Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausschließen würden, ist eine weitere Einschränkung der Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuchs abzulehnen; diese läßt sich durch eine sog. "Eigenart" des Arbeitsverhält-

---

20) Vgl. Böttner, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers (32 ff.).

nisses dogmatisch nicht begründen. Rechtspolitischen Erwägungen - die nicht Gegenstand dieser Arbeit sind - muß durch arbeitsrechtliche Spezialregelungen Rechnung getragen werden[21]. Das Ausweichen auf eine sog. "Generalklausel", durch die der Arbeitsrichter mittels "Vorprüfung" zum "Herr des Arbeitsrechts" gemacht wird, ist dogmatisch unhaltbar.

V. Der DGB-Entwurf:

Die Regelung des § 146 Abs. 1 des DGB-Entwurfs[22] ist gleichlautend mit § 128 Abs. 1 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission, eine besondere Erörterung des DGB-Entwurfs unterbleibt deshalb.

---

21) So im Ergebnis auch die Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (40); vgl. dazu auch Mayer - Maly, JZ 1961 (205 ff.).

22) = § 145 Abs. 1 des DGB-Entwurfs in der Fassung RdA 1977 (166 ff. (179)).

## § 4 Die Begründung des Arbeitsverhältnisses

### I. Einleitung

Ein Arbeitsverhältnis kann durch Vertrag oder aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands[1] begründet werden. Nachfolgend soll untersucht werden, welche Regelungen in den einzelnen Entwürfen für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses getroffen worden sind; dabei soll zugleich aufgezeigt werden, in welchem Verhältnis der jeweilige Entwurf zur Vertragsfreiheit steht.

### II. Der Entwurf von 1923:

§ 1: "Arbeitsvertrag ist der Vertrag, durch den der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit gegen Entgelt angestellt wird."

§ 6: "Der Arbeitsvertrag unterliegt nur soweit freier Übereinkunft, als nicht unabdingbare Rechtsvorschriften entgegenstehen."

Der Arbeitsvertrag ist im Entwurf von 1923 nicht an eine Form gebunden[2], die in § 14 geregelte "Draufgabe", ein Handgeld, das der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei Vertragsschluß überreicht, "gilt im Zweifel als Bestätigung", hat also nur

---

1) Beispiele für gesetzliche Tatbestände im geltenden Recht, die, liegen ihre Voraussetzungen vor, das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses bedingen, sind: § 10 AÜG, § 78 a BetrVerfG, § 102 Abs. 5 BetrVerfG und § 9 BPersVG; die von Zöllner, Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag (83) verwendete Bezeichnung: "ex lege entstandener 'Vertrag'", ist widersprüchlich. Kraft Gesetzes wird das Arbeitsverhältnis begründet. Ein Vertrag ist der Entstehungstatbestand für ein Rechtsverhältnis; Vertrag und Rechtsverhältnis sind also mehrere Seiende.

2) Vgl. "Denkschrift" (13) unter "Nachgiebiges und zwingendes Recht".

deklaratorische Bedeutung[3].

Die nicht gerade umfangreiche Regelung des Vertragsschlusses im Entwurf von 1923 erklärt sich aus der - insoweit zutreffenden - Ansicht der Verfasser, daß der Arbeitsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag sei und somit die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden ("Der Arbeitsvertrag ist ein Schuldvertrag wie andere und unterliegt den allgemeinen Regeln."[4]).

§ 6 weist auf besondere Beschränkungen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht hin. Die Vertragsfreiheit ist die Freiheit der Personen entscheiden zu können, ob, zu wem (Abschlußfreiheit) und mit welchem Inhalt (Inhaltsfreiheit) sie ein rechtliches Verhältnis begründen wollen. Die Abschlußfreiheit ist nach § 6 nicht eingeschränkt, anders verhält es sich mit der Inhaltsfreiheit. §§ 6, 7 stellen klar, daß "unabdingbare Rechtsvorschriften", "Tarifsatzung", und "Betriebssatzung" auf Arbeitsverhältnisse dergestalt wirken, daß diese das Entstehen von Rechten und Pflichten bedingen, die den genannten Regelungen entsprechen. Durch diese Bestimmungen wird - vergleicht man die Literatur[5] dieser Zeit - deutlich, daß sich in der Arbeitsrechtswissenschaft die Auffassung durchzusetzen beginnt, daß es aus rechtspolitischen Gründen erforderlich sei,

---

3) Vgl. zur "Draufgabe" Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (110 f.).

4) "Denkschrift" (16) unter "Abschluß des Arbeitsvertrages". Der "Beantwortung durch die Wissenschaft" wurde jedoch die Frage überlassen, ob der Arbeitsvertrag ein Dienstvertrag besonderer Art ist oder ein Vertrag sui generis, "der als gleichberechtigter neben Dienstvertrag und Werkvertrag steht", oder "gar als vorwiegend personenrechtlicher Vertrag aus dem Rahmen der obligatorischen Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuches heraustritt". Der Entwurf regelt den Arbeitsvertrag jedoch "als einen im wesentlichen schuldrechtlichen Vertrag, ohne an den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches etwas zu ändern", siehe "Denkschrift" (14) unter "Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag".

5) Vgl. "Denkschrift" (16) unter "Vertragsfreiheit"; Kreller, AcP 122 (15); Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (85 f.).

die Vertragsfreiheit zugunsten der Arbeitnehmer einzuschränken.

Bereits durch die Formulierung des § 1 ist erkennbar, daß die Verfasser des Entwurfs von 1923 herrschaftlich dachten ("Herr im Hause Standpunkt"). Arbeitnehmer und Arbeigeber treten sich nicht als gleichberechtigte Partner gegenüber, sondern der Arbeitnehmer wird "vom Arbeitgeber ... angestellt" ("Der Vertrag muß ein Anstellungsvertrag sein, d.h. der Arbeitsleister muß sich in die Botmäßigkeit des Arbeitsempfängers stellen ..."[6]).

Das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands ist im Entwurf nicht berücksichtigt[7].

III. Der Entwurf von 1938:

§ 1: "(1) Das Arbeitsverhältnis ist das auf Ehre, Treue und Fürsorge gegründete Gemeinschaftsverhältnis, in dem ein Gefolgsmann seine Arbeitskraft für einen Unternehmer in dessen Betrieb oder sonst in dessen Dienst einsetzt.
(2) Der Arbeitsvertrag ist die das Arbeitsverhältnis begründende und gestaltende Einigung."

§ 5: "Bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses sind Unternehmer und Gefolgsmann gebunden an die Grundgedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft, an die gesetzlichen Vorschriften, die nach ihrem Sinn und Zweck, oder kraft ausdrücklicher Bestimmung zwingend sind, und an die unabdingbaren Bestimmungen der Tarif-, Betriebs- oder Dienstordnungen."

---

6) "Denkschrift" (14) unter "Arbeitsvertrag"; vgl. in diesem Zusammenhang auch Vallbracht, a.a.O. (22): "Arbeitgeber und Arbeitnehmer treten sich als Herr und Diener gegenüber.".

7) Vgl. dazu Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (113 f. (114)), der fordert, "jedenfalls" dürfe "nicht der Arbeitsvertrag als die einzige Entstehungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses hingestellt werden."

§ 6: "(1) Der Arbeitsvertrag (§ 1 Abs. 2) bedarf keiner Form, soweit nicht Sondergesetze etwas anderes bestimmen.
(2) Wird das Arbeitsverhältnis für längere Zeit als für ein Jahr eingegangen, so ist der Arbeitsvertrag schriftlich abzufassen; andernfalls gilt das Arbeitsverhältnis für unbestimmte Zeit."

Schon aus der Formulierung des § 1 des Entwurfs von 1938 wird deutlich, daß das Arbeitsverhältnis entsprechend der nationalsozialistischen Weltanschauung ideologisiert und politisiert wird[8]. Die Auffassung, daß das Arbeitsverhältnis ein "reines Schuldverhältnis" sei, wird aufgegeben; statt dessen wird ausgeführt: "Heute dagegen erscheint das Arbeitsverhältnis als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das von den Grundsätzen der Treue, Fürsorge und Ehre beherrscht wird und aus dem erst die einzelnen Ansprüche und Verpflichtungen erwachsen"[9]. Die Begriffe Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden nicht mehr verwandt; die an dem "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" Beteiligten werden als "Gefolgsmann" und "Unternehmer" bezeichnet, das Wort "Betriebsführer" wird lediglich aus formellen Gründen nicht gewählt[10].- Der "Gefolgsmann" schuldet nicht Handlungen einer bestimmten Gattung, er schuldet "seine Arbeitskraft" (vgl. § 1 Abs. 1). Nach § 13 hat "der Gefolgsmann" "seine Arbeitspflicht im Geiste wahrer Arbeits- und Betriebsgemeinschaft unter Aufwendung aller ihm gegebenen körperlichen und geistigen Fähigkeiten zu erfüllen"; er darf nach § 15 "den Unternehmer nicht im Stich lassen oder andere als die im Vertrag übernommene Arbeit leisten, wenn die Treuepflicht dies erwarten läßt"; er hat ferner nach § 19

---

8) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis (41 ff.).

9) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (43).

10) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (45 f.).

"sich nach besten Kräften für das Wohl des Unternehmers und des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen des Unternehmers und des Betriebes zuwiderläuft".- Der "Unternehmer" "hat für das Wohl des Gefolgsmannes im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu sorgen ..." (vgl. § 68).- Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses wird also - entgegen der Formulierung des § 1 Abs. 2 - nicht durch den Arbeitsvertrag bestimmt ("gestaltet"). "Unternehmer" und "Gefolgsmann" sind "gebunden an die Grundgedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" (vgl. § 5), das Arbeitsverhältnis wird also als Rechtsverhältnis verneint[11], die Bezeichnung "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" soll dieses lediglich verdecken[12]. Zugleich erfolgt damit notwendig eine grundsätzliche Abwendung von der Vertragsfreiheit im Sinne der Inhaltsfreiheit; was nicht dem "Grundgedanken der Arbeits- und "Betriebsgemeinschaft" - also dem "Führerprinzip" - entspricht, kann nicht Inhalt des "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" sein. Vielmehr kann der Inhalt der Arbeitsverhältnisse durch politische Willkürentscheidungen bestimmt und dem Führerwillen angepaßt werden. Dieses wird auch dadurch deutlich, daß die in § 5 genannten Tarif-, Betriebs- und Dienstordnungen keine Verträge mehr waren, sondern einseitig erlassene Regelungen. Tarifordnungen wurden gemäß § 19 Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. § 32 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934 (AOG) grundsätzlich vom Treuhänder der Arbeit[13], Betriebsordnungen gemäß § 26 AOG grundsätzlich vom "Führer des Betriebes"[14] und Dienstordnun-

---

11) Vgl. dazu auch Dietz in Hueck / Nipperdey / Dietz, a.a.O., § 2 III 2, Rdn. 16 a (48), der feststellt, "das Einzelarbeitsverhältnis"werde "nicht durch einen schuldrechtlichen Vertrag, sondern durch eine auf unmittelbare Entstehung der personenrechtlichen Gemeinschaft ... gerichtete Willenseinigung begründet".

12) Vgl. dazu Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis (56).

13) Vgl. dazu ausführlicher Mansfeld / Pohl / Steinmann / Krause, a.a.O., § 32 B 7 (356 f.).

14) Vgl. dazu ausführlicher Mansfeld / Pohl / Steinmann / Krause, a.a.O., § 26, 3, 4, 5 (310 ff.).

gen nach § 16 Abs. 1 des Gesetzes zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23.3.1934 (AOGÖ) vom "Führer der Verwaltung oder des Betriebes" einseitig erlassen.[15] Entsprechend wurde in der Literatur festgestellt, "der Einzelarbeitsvertrag" sei "beinahe überflüssig geworden"[16], "die Festsetzung der Arbeitsbedingungen" sei "weitgehend der freien Vereinbarung entzogen"[17].

Während dem Entwurf von 1923 - wie ausgeführt - das Herr-Diener-Prinzip zugrunde lag, sollte mit dem Entwurf von 1938 das Führer - Gefolgsmann-Prinzip durchgesetzt, also ein Herrschaftsverhältnis mit anderem Wortkleid begründet werden. Zudem sollte auch die Unabhängigkeit des Unternehmers im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie beseitigt werden. Während bisher der Unternehmer aufgrund seines Eigentums bzw. Besitzes an den Produktionsmitteln als Herr galt und sich grundsätzlich niemandem gegenüber zu verantworten hatte, war er als Führer an eine über ihm stehende Ordnung gebunden, welche im Entwurf von 1938 verdeckt als "Grundgedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" bezeichnet wird. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Mansfeld / Pohl / Steinmann / Krause in ihrem Kommentar zum AOG, dem sog. "Grundgesetz der neuen Sozialverfassung"[18]: "Wie in jeder Gemeinschaft, so kann es auch im Betrieb nur einen Führer geben. Nur eine Person kann Entscheidungen treffen und

---

15) Die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände waren zwangsweise aufgelöst worden, an ihre Stelle trat die am 10.5.1933 geschaffene Deutsche Arbeitsfront (DAF), eine Gliederung der NSDAP, die durch einen Parteierlaß Hitlers vom 24.10. 1934 ihre Verfassung erhielt. In der DAF wurden die Mitglieder der aufgelösten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände zusammengeschlossen.- Zu dem Aufgabengebiet der DAF vgl. Potthoff, Das Deutsche Arbeitsrecht (28 f.).

16) Potthoff, Das Deutsche Arbeitsrecht (52).

17) Hueck, Deutsches Arbeitsrecht (78).

18) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (43).

für das wirtschaftliche und soziale Geschehen allein verantwortlich sein mit voller Autorität nach unten und strenger Verantwortung nach oben."[19]

In der Praxis konnten aufgrund der Regelungen des AOG Entscheidungen des "Betriebsführers" in "Gefolgschaftsangelegenheiten" vom staatlichen Treuhänder der Arbeit aufgehoben und durch dessen Entscheidungen ersetzt werden[20]. Schließlich war es sogar möglich, den Unternehmer gegen seinen Willen durch einen sog. "Stellvertreter" zu ersetzen[21]. Das Führerprinzip nahm dem Unternehmer somit seine Unabhängigkeit und machte ihn selbst zum Herrschaftsunterworfenen[22].-

Der Abschluß des Arbeitsvertrages sollte nach § 6 Abs. 1 grundsätzlich formfrei sein. Eine Ausnahme macht der Entwurf in § 6 Abs. 2 nur für befristete Arbeitsverhältnisse, deren Dauer ein Jahr überschreitet, diese Verträge bedürfen der Schriftform. Wird dem Schriftformerfordernis nicht entsprochen, entsteht kraft Gesetzes ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (vgl. § 6 Abs. 2, 2. Halbs.), § 125 BGB findet damit keine Anwendung. Das Motiv der Verfasser, eine derartige Regelung in den Entwurf aufzunehmen, bestand, wie man vielleicht heute vermuten könnte, allerdings nicht darin, die Möglichkeit zur Begründung von befristeten Arbeitsverhältnissen einzuschränken, vielmehr sollte die Bestimmung "die Beteiligten nur vor einer übereilten Bindung auf längere Zeit schützen"[23]. Da bei einem befristeten Arbeitsverhältnis das Recht zur ordentlichen Kündigung regelmäßig stillschweigend ausgeschlossen ist, sollte - wäre dem Formerfordernis nicht entsprochen worden - kraft Gesetzes ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet werden. Auf dieses wären dann die gesetz-

---

19) Mansfeld /Pohl /Steinmann / Krause, a.a.O., § 1, 1 (74).

20) Vgl. §§ 16, 19 Abs. 1 Ziff. 3 AOG.

21) Vgl. §§ 3 Abs. 3, 38 AOG.

22) Vgl. dazu auch Hientzsch, a.a.O. (56).

23) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (50).

lichen Regelungen der ordentlichen Kündigung anwendbar gewesen, so daß diese Arbeitsverhältnisse durch eine ordentliche Kündigung beendbar gewesen wären.-

Ein Beispiel für das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands im Entwurf von 1938 ist § 120; dieser bestimmt u.a.: "Hat ein Gefolgsmann eine Arbeit unter Heranziehung anderer Gefolgsmänner zu leisten ... so besteht ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen auch zwischen diesem Dritten und dem Unternehmer ein Arbeitsverhältnis."[24].

IV. Der Entwurf von 1977:

Art. 3: "(Recht am Arbeitsplatz)
(4) Das Arbeitsverhältnis wird nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch Vertrag begründet. Bei der Einstellung von Arbeitnehmern darf der Arbeitgeber einen Bewerber nur aus sachbezogenen, den zu besetzenden Arbeitsplatz betreffenden Gründen abweisen; der Arbeitgeber ist dabei auch an die Diskriminierungsverbote des Art. 2 Abs. 1 und 2 gebunden."

§ 9: "(Form des Arbeitsvertrages)
(1) Der Arbeitsvertrag und seine Nebenabreden bedürfen keiner Form, soweit Gesetz oder Tarifvertrag nichts anderes bestimmen.
(2) Die Parteien des Arbeitsvertrages können Schriftform vereinbaren. In diesem Fall ist im Zweifel anzunehmen, daß die Wirksamkeit von der Einhaltung der Form nicht abhängt.
(3) Ist der Arbeitsvertrag wegen Formverstoßes nichtig, hat der Arbeitnehmer die Arbeit jedoch bereits aufgenommen, so bleibt für die Dauer der Arbeitsleistung die Formnichtigkeit außer Betracht."

---

24) Vgl. dazu auch Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (107).

Entsprechend der heute allgemein gepflogenen Übung sollen auch die Regelungen des Arbeitsvertragsgesetzes sog. "amtliche Überschriften" erhalten. Für Art. 3 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission ist als solche der Titel "Recht am Arbeitsplatz" vorgesehen[25]. "Positiv" bedeute "dieses Recht, daß der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz gegen seinen Willen nicht ohne sachbezogene und als billig und gerecht anerkennenswerte Gründe verlieren" dürfe[26]. Insofern ist die gewählte Überschrift in Bezug auf den Abs. 4 des Art. 3, der eine Regelung bezüglich der Begründung des Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand hat, wenig passend; auch wäre das sog. "Recht am Arbeitsplatz" grundsätzlich im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu behandeln. Da in der Literatur jedoch das "Recht am Arbeitsplatz" häufig im Zusammenhang mit dem "Recht auf einen Arbeitsplatz" behandelt wird[27] und sich die Überschrift auch auf den Abs. 4 der Regelung bezieht, soll die Auseinandersetzung mit dem sog. "Recht am Arbeitsplatz" bereits an dieser Stelle erfolgen.

Nach einer in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht soll das "Recht am Arbeitsplatz" "als ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anzusehen" sein[28]. "Durch die Forderung nach sozialer Symmetrie" zum "Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs" sei ein "Schrittmachereffekt" ausgelöst worden; "hier" könne "nicht auf Dauer mit zweierlei Maß gemessen werden"[29].- Die "soziale Symmetrie" zum "Recht am eingerichteten und ausgeübten Ge-

---

25) Die gleiche Überschrift befindet sich über Art. 3 des DGB-Entwurfs zum Arbeitsverhältnisrecht.

26) So Badura, Festschrift für Berber (23); vgl. auch Gamillscheg, AcP 164 (391 ff., 415 ff., 433).

27) Vgl. Badura, Festschrift für Berber (22 f.).

28) So Herschel, BB 1977 (709); vgl. auch Fabricius, AcP 160 (305 ff.); das BAG meint in dem Urteil AP Nr. 2 zu § 70 BAT, es spreche einiges dafür, "daß das Recht am Arbeitsplatz ein absolutes Recht" sei, "also durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt" werde.

29) Herschel, BB 1977 (709).

werbebetrieb" vermag die Existenz eines "Rechts am Arbeitsplatz" allerdings nicht zu begründen, da ein "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" mangels eines möglichen Gegenstands, auf den es sich beziehen könnte, nicht existiert. Dieses ist bereits von Ernst Wolf[30] nachgewiesen worden.- Das "Recht am Arbeitsplatz" soll seinem behaupteten Inhalt nach ein absolutes Recht sein. Ein absolutes Recht ist, wie jedes Recht, in seinem Inhalt abhängig von dem Gegenstand, auf den es sich bezieht. Es kann deshalb nur einen Gegenstand, nicht mehrere Gegenstände haben. Die Bezeichnung Arbeitsplatz wird in mehreren Bedeutungen verwandt. Einmal wird darunter der Ort verstanden, an dem ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Arbeitsplatz in diesem Sinn ist eine Gesamtheit von Gegenständen, die - im Regelfall vom Arbeitgeber zusammengestellt - Bedingung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers sind (z.B. Schreibtisch, Schreibmaschine, Telephon etc.). In dieser Bedeutung bezeichnet der Arbeitsplatz eine Gesamtheit von Gegenständen, also mehrere Gegenstände und kann deshalb nicht Gegenstand eines absoluten Rechts sein. In einer weiteren Bedeutung wird mit dem Wort Arbeitsplatz bezeichnet, daß der Arbeitnehmer entsprechend dem Arbeitsverhältnis, an dem er beteiligt ist, schuldrechtlich berechtigt und verpflichtet ist, Arbeitsplatz in diesem Sinne sind ebenfalls mehrere Gegenstände, nämlich die durch das Arbeitsverhältnis bedingten Rechte und Pflichten. Auch die Betätigung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz kann nicht Gegenstand eines absoluten Rechts sein, da die Betätigung am Arbeitsplatz eine Gesamtheit aufeinander folgender Handlungen ist, die der Arbeitnehmer in Erfüllung seiner Arbeitsleistungspflicht vornimmt. Eine Gesamtheit von Handlungen sind mehrere Handlungen und somit mehrere Gegenstände. Ein absolutes Recht an einer Gesamtheit von Handlungen ist aber so wenig möglich wie ein absolutes Recht an einer Gesamtheit anderer Gegenstände. Zudem ist auch ein absolutes Recht an einer Handlung nicht möglich; eine Handlung

---

30) Ernst Wolf, Festschrift für v. Hippel (665 ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 20 B I c 3 ff (523 ff.).

kann jederzeit mit frei bestimmbarem Inhalt vorgenommen werden und ermangelt daher der für einen Rechtsgegenstand notwendigen Beständigkeit[31]. Letztlich wird das Arbeitsverhältnis selbst als Arbeitsplatz bezeichnet (vgl. "Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei der Einberufung zum Wehrdienst"). Ein Arbeitsverhältnis existiert jedoch nur zwischen den daran Beteiligten, also zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer und begründet nur zwischen diesen Rechte und Pflichten, die notwendig relative Rechte und Pflichten sind, durch Dritte also nicht verletzt werden können. Somit kann auch das Arbeitsverhältnis nicht Gegenstand eines absoluten "Rechts am Arbeitsplatz" sein. Da ein weiterer möglicher Gegenstand dieses behaupteten "Rechts" nicht ersichtlich ist, muß festgestellt werden, daß es ein "Recht am Arbeitsplatz" mangels eines Gegenstands, auf den es sich bezieht, nicht gibt[32]. Gleiches gilt für ein absolutes "Recht auf einen Arbeitsplatz". Möglicher Gegenstand eines derartigen "Rechts" könnte lediglich die Aussicht eines Bewerbers sein, daß mit ihm ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Da zum Begriff Rechtsgegenstand das Merkmal Beständigkeit gehört, kann eine derartige Aussicht kein Gegenstand eines Rechts sein.- Die von der Arbeitsgesetzbuchkommission gewählte Überschrift des Art. 3 - "Recht am Arbeitsplatz" - ist somit verfehlt.

Die in der Literatur in diesem Zusammenhang erörterte Begründung eines "Rechts auf einen Arbeitsplatz" soll "eine Einschränkung des Grundsatzes" darstellen, "daß die Entscheidung des Arbeitgebers über die Einstellung in der Vertragsfreiheit begründet" sei[33]. Ziel dieser Bestrebungen ist es folglich, auch die Abschlußfreiheit im Arbeitsrecht weitgehend zu beseitigen, was zu einer weiteren Trennung vom Bürgerlichen Gesetzbuch führen würde[34].-

---

31) Vgl. Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 2 D III h 2 (114).

32) Ablehnend u.a. auch Söllner, Arbeitsrecht, § 28 III 4 (209); Zöllner, Arbeitsrecht, § 14 I (111).

33) Badura, Festschrift für Berber (22).

34) Vgl. dazu Zöllner, AcP 176 (227).

Aufgrund der Regelung des Art. 3 Abs. 4 S. 2 soll das Ermessen bei der Einstellung eines Bewerbers eingeschränkt werden. Dieser soll "nur aus sachbezogenen, den zu besetzenden Arbeitsplatz betreffenden Gründen" abgewiesen werden können. Der "Arbeitgeber"[35] soll nach Art. 3 Abs. 4 S. 2, 2. Halbs. bei seiner Entscheidung auch "an die Diskriminierungsverbote des Art. 2 Abs. 1 und 2 gebunden sein[36]. Die Arbeitsgesetzbuchkommission hat nach ihrer Erklärung davon abgesehen, "eine über den Regelungsgegenstand des Artikels 3 Absatz 4 Satz 2 hinausgehende, konkretisierende Vorschrift in das Arbeitsgesetzbuch aufzunehmen"[37], eine nähere Regelung der Rechtsfolgen unterblieb deshalb.- Aufgrund der in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertragsfreiheit kann der Arbeitgeber einen Bewerber ablehnen, weil er ihm nicht gefällt. Die Ablehnung bedarf keiner objektiven Begründung und ist einer solchen nicht fähig. Die dem Entwurf zugrunde liegende Gegenansicht führt zu einer Verneinung der Vertragsfreiheit[38]. Die Bestimmung des Art. 3 Abs. 4 ist widersprüchlich, da sie den "Grundsatz der Vertragsfreiheit" voraussetzt, eine Abweisung eines Bewerbers jedoch nur aus "sachbezogenen" Gründen zuläßt. Mit den in der Regelung vorgesehenen "Diskriminierungsverboten" soll eine Übertragung verfassungsrechtlicher Bestimmungen

---

35) Die Verwendung der Begriffe Arbeitnehmer und Arbeitgeber in diesem Zusammenhang ist ungenau, da die Parteien noch nicht an einem zwischen ihnen existierenden Arbeitsverhältnis beteiligt sind.

36) Art. 2 Abs. 1 und 2 lauten: "(1) Niemand darf in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und betrieblich geltenden allgemeinen Arbeitsbedingungen wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen, politischen oder gewerkschaftlichen Anschauungen und Betätigungen benachteiligt oder bevorzugt werden.
(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt, Männer und Frauen haben ein Recht auf gleiches Entgelt für gleiche Arbeit."

37) Anmerkung der Arbeitsgesetzbuchkommission, Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht - (19).

38) Vgl. dazu auch Flume, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (140).

auf das Privatrecht ("Grundrechte unter Dritten") bewirkt werden; dieses ist jedoch unhaltbar. Ein Grundrecht ist ein satzungsrechtliches Ausschlußverhältnis eines Körperschaftsmitgliedes gegenüber der Körperschaft, das nicht oder nur bei Vorliegen eines in der Satzung bestimmten Tatbestands aufhebbar oder einschränkbar ist. Durch ein Grundrecht wird der Gegenstand, auf den es sich bezieht, der Körperschaft gegenüber gewährleistet; ein Grundrecht ist somit notwendig ein relatives Recht[39], als solches kann es keine Wirkungen gegenüber Dritte bedingen. Grundrechte können demgemäß auch nicht zwischen zukünftigem Arbeitgeber und Bewerber wirken. Die Regelung des Art. 3 Abs. 4 führt dazu, den Unterschied zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verhältnissen aufzuheben[40]. Dem einzelnen wird die Entscheidung über sein Recht zugunsten des Staates entzogen, er wird bevormundet und entrechtet. Die Regelung entspricht somit einer totalitären Staatsauffassung[41].

Nach einer in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Ansicht existieren die in der staatlichen Verfassung bestimmten Grundrechte oder einige von ihnen nicht nur im Verhältnis zwischen Staatsbürger und Staat, sondern auch zwischen Privatpersonen[42]. Nach dem Bundesarbeitsgericht[43] sind "Grundrechte" "Ordnungsgrundsätze", "die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben"; nach dem Bundesverfassungsgericht[44] sollen "die Generalklauseln" "die 'Einbruchstellen' der Grundrechte in das bürgerliche Recht" sein.- Die Lehre von der "Wirkung der Grundrechte

---

39) Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 2 D III h 1 ii (108).

40) Vgl. Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 2 D II a 8 cc (94).

41) Siehe dazu Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 2 D III h 1 ii (108), Fußn. 90 m.w.N.; vgl. auch Wolf / Lüke / Hax, Scheidung und Scheidungsrecht (238 f.).

42) Vgl. dazu Söllner, Arbeitsrecht, § 6 III 2 (39 f.) m.w.N.

43) BAGE 1 (185 ff. (193)).

44) BVerfGE 7 (198 ff. (206)).

unter Privaten" widerspricht dem Begriff Grundrecht als eines körperschaftsrechtlichen Verhältnisses zwischen der Körperschaft und ihrem Mitglied, hier zwischen Staat und Staatsbürger. In privatrechtlichen Verhältnissen können Grundrechte nicht wirken, da diese außerstaatliche Verhältnisse sind.- Auf die Problematik braucht hier jedoch nicht näher eingegangen zu werden. Folgt man der oben dargelegten Auffassung, nach der Grundrechte nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat existieren, ergibt sich daraus für jeden Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Ausschluß staatlicher Eingriffe in das Grundrecht auf Vertragsfreiheit jedes einzelnen. Folgt man jedoch der Lehre von der "Grundrechtswirkung unter Privaten", so ergibt sich daraus eine zusätzliche Ausschlußwirkung im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die jedem Anspruch auf Einstellung und jeder Beschränkung der Entschließungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Ablehnung einer Einstellung entgegensteht.-

Gegen eine Einschränkung der Abschlußfreiheit wird eingewandt, daß "bei der Grenzlosigkeit der Beurteilungskriterien ... unsachliche Gründe nur schwer ausmachbar" seien[45]. Aus diesen Äußerungen wird deutlich, daß es sich bei Art. 3 Abs. 4 S. 2 des Entwurfs um eine sog. "Generalklausel" handeln soll[46], eine "gesetzliche Regelung" also, die zumindest einen "konkretisierungsbedürftigen" "unbestimmten Rechtsbegriff" bzw. einen "ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstab"[47] enthält. [48] Ein Begriff ist jedoch eine mit einem Wort oder sonstigen Zeichen bezeichnete Einheit von Merkmalen, die mehreren Seienden (Allgemeinbegriff) oder einem einzigen Seienden (Individualbegriff) zukommt. Die Bekanntheit der

---

45) Schwerdtner, BlStSozArbR 1978 (275).

46) So auch die Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (7).

47) Vgl. z.B. Larenz, Methodenlehre (273 f., 282).

48) Vgl. dazu auch die ablehnenden Ausführungen von Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 7 G III (275) und § 17 (522).

Merkmale eines Begriffs ist dessen Bestimmtheit. Einen unbestimmten Begriff und somit einen "unbestimmten Rechtsbegriff" kann es nicht geben, da mit Unbestimmtem nicht bestimmbar und nichts begreifbar ist. Unbestimmtes kann nicht gedacht werden[49]. Eine "Begriffskonkretisierung" ist nicht möglich, weil es konkrete Begriffe nicht gibt und ein Begriff daher nicht konkretisierbar ist. Die "Konkretisierung" von "unbestimmten Rechtsbegriffen" und "Ausfüllung" von "Generalklauseln" ist in Wahrheit die freie richterliche Gestaltung des rechtlichen Verhältnisses zwischen den prozeßführenden Parteien. Diese aber bedeutet den Verzicht auf die nur mit allgemeinen Begriffen und Gesetzen mögliche gleiche Beurteilung gleicher Fälle und stellt somit einen Verstoß gegen die in Art. 3 Abs. 1 GG geregelte "Rechtsanwendungsgleichheit" dar[50]; sie ist keine wissenschaftliche Erkenntnismethode, vielmehr handelt es sich dabei um eine freie, autoritäre Fallentscheidung. In einem Rechtsstaat ist es jedoch Aufgabe der Richter, Recht zu erkennen; dieses setzt allerdings voraus, daß gesetzliche Regelungen einen begrifflichen Inhalt haben und nicht aus Leerwörtern bestehen. Das Merkmal "sachbezogen" in Art. 3 Abs. 4 S. 2 des Entwurfs ist ein derartiges Leerwort.

Die Regelung des Art. 3 Abs. 4 ist unhaltbar, sie stellt eine "Generalklausel" dar, die die Überprüfbarkeit der Motivation des Arbeitgebers voraussetzt. Dieses bedeutet eine totale Gesinnungsunterworfenheit unter "Sachlichkeit". Der mit dieser Bestimmung durch sog. "Diskriminierungsverbote" unternommene Versuch, eine "Drittwirkung" von Grundrechten unter Privaten herbeizuführen, entspricht - wie bereits oben ausgeführt - einer autoritären politischen Ideologie[51].-

---

49) Siehe dazu auch Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 1 A VI b 5 (14).

50) Vgl. dazu auch die Ausführungen oben (13).

51) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 2 D III h 1 ii (108 f.), Fußn. 90 m.w.N.

Nach § 9 Abs. 1 des Entwurfs ist der Arbeitsvertrag formfrei, soweit Gesetz oder Tarifvertrag nichts anderes bestimmen. Im § 9 Abs. 2 ist geregelt, daß im Fall der vertraglich vereinbarten Schriftform die Wirksamkeit des Vertrags "im Zweifel" nicht von der Einhaltung der Form abhängt. Damit wird die Anwendung des § 125 S. 2 BGB auf Arbeitsverhältnisse ausgeschlossen. Ist der Arbeitsvertrag wegen Formverstoßes unwirksam, hat der Arbeitnehmer die Arbeit jedoch bereits aufgenommen, so bleibt nach § 9 Abs. 3 "für die Dauer der Arbeitsleistung die Formnichtigkeit außer Betracht". Bei dieser Regelung soll es sich um "eine nach geltendem (Richter-) Recht unbestrittene Aussage" handeln, "Teil des größeren Problems der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages"[52]. Mit § 9 Abs. 3 des Entwurfs soll ein Teilbereich der in Rechtsprechung und Schrifttum[53] vertretenen Lehre vom sog. "faktischen Arbeitsverhältnis" gesetzlich geregelt werden. Die Vertreter dieser Lehre behaupten[54], das sog. "faktische Arbeitsverhältnis" entstehe, wenn "der Arbeitsvertrag ... durch Dienstaufnahme in Funktion gesetzt" sei. Dieses könne "grundsätzlich nicht mehr rückwirkend beseitigt werden", was "aus der Natur des Dauerrechtsverhältnisses" folge. "Die Rechtsordnung" könne "nicht daran vorbeigehen, daß aufgrund eines realisierten, wenngleich nichtigen oder anfechtbaren Vertrages, ein Lebenstatbestand erwachsen" sei, "der faktisch nicht negiert werden" könne. "Aufgrund des faktischen Arbeitsverhältnisses" entstünden "quasivertragliche Ansprüche". "Es" sei "für die Vergangenheit grundsätzlich wie ein fehlerfrei zustandegekommenes zu behandeln". "Die Rückabwicklung der gegenseitigen

---

52) Gamillscheg, Festschrift für Weber (805); zum "Richterrecht" vgl. bereits die Ausführungen oben (8 ff.).

53) Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 III (123 ff.) m.w.N.

54) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 III 3 (124).

Leistungen nach dem Recht ... der ungerechtfertigten Bereicherung" führe "zu untragbaren Unzulänglichkeiten".- Die Lehre vom sog. "faktischen Arbeitsverhältnis" ist unhaltbar, da sie die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses ohne Entstehungstatbestand behauptet[55]. Jede Wirkung bedarf jedoch ihrer Ursache, eine Wirkung ohne Ursache gibt es nicht. So entsteht ein rechtliches Verhältnis, wenn sein Entstehungstatbestand vollständig vorliegt. Andernfalls entsteht es nicht. Eine der zu ihrer Wirksamkeit erforderlichen Schriftform ermangelnde rechtsgeschäftliche Erklärung ist nicht vollständig, kann also keine Rechtswirkung begründen. Ist das Arbeitsverhältnis nicht entstanden, kann es keine "quasivertraglichen Ansprüche bedingen, denn auch diese entstehen ohne Entstehungstatbestand nicht.- Die Notwendigkeit der Lehre vom sog. "faktischen Arbeitsverhältnis" wird - wie ausgeführt - mit den "untragbaren Unzulänglichkeiten" begründet, zu denen die "Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen nach dem Recht ... der ungerechtfertigten Bereicherung" führe[56]. Daß im Regelfall diese "untragbaren Unzulänglichkeiten" nicht auftreten, wenn die Bestimmungen des Bereicherungsrechts zutreffend angewandt werden, hat m.E. bereits Beuthien[57] zutreffend nachgewiesen.

Nach § 9 Abs. 3 des Entwurfs bleibt "für die Dauer der Arbeitsleistung die Formnichtigkeit außer Betracht"; die von der Arbeitsgesetzbuchkommission damit gewählte Formulierung läßt nicht zwingend den Schluß zu, daß diese Regelung einen Tatbestand darstellt, der, liegen ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vor, das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes bedingt[58]. Untersucht man die Bestimmung des

---

55) Vgl. auch Ernst Wolf, JZ 1971 (273 ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 B (193 ff.).

56) So im Ergebnis z.B. auch Bydlinski, a.a.O. (112); Hanau in Hanau / Adomeit, a.a.O., F III 3 (137).

57) Beuthien, RdA 1969 (161 ff.); vgl. dazu auch unten (174 f.).

58) Beispiele für gesetzliche Tatbestände im geltenden Recht, die, liegen ihre Voraussetzungen vor, das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses bedingen, sind: § 10 AÜG, § 78 a BetrVerfG, § 102 Abs. 5 BetrVerfG und § 9 BPersVG.

§ 9 Abs. 3 isoliert, so liegt durchaus der Schluß nahe, daß mit § 9 Abs. 3 lediglich ein spezieller, die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB ausschließender Tatbestand geschaffen werden soll, § 9 Abs. 3 also nicht den Inhalt hat, das Entstehen eines schuldrechtlichen Verhältnisses zu bedingen, welches seinerseits die Entstehung von Arbeitsleistungspflichten bewirkt. Wäre die letztere Auslegung richtig, so wäre Inhalt des § 9 Abs. 3 lediglich, daß der Dienstleistende für rechtsgrundlos erbrachte Dienste kraft Gesetzes die Vergütung beanspruchen kann, die in dem infolge des Formmangels unwirksamen Arbeitsvertrag vereinbart worden ist.- Die gesetzliche Regelung der Lehre vom sog. "faktischen Arbeitsverhältnis" soll nach dem Entwurf allerdings in mehreren Bestimmungen erfolgen[59]. Dieses ermöglicht es, auch die anderen Regelungen (vgl. §§ vor 16 Abs. 4, 17 Abs. 2, 17 a, 17 b) bei der Auslegung des § 9 Abs. 3 zu berücksichtigen. Aufgrund einer systematischen Auslegung - die in anderem Zusammenhang näher dargelegt wird[60] - gelangt man zu dem Ergebnis, daß § 9 Abs. 3 trotz seines mißverständlichen Wortlauts ein gesetzlicher Entstehungstatbestand für Arbeitsverhältnisse ist.-

Ein weiteres Beispiel für eine Regelung, die das Entstehen von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes bedingt, ist § 97 Abs. 1 des Entwurfs:

> "Das Arbeitsverhältnis besteht nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur Beendigung des Rechtsstreits fort, wenn der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangt und wenn
> 1. der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer nach § 102 Abs. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes der Kündigung widersprochen hat und

---

59) Vgl. dazu Gamillscheg, Festschrift für Weber (808).

60) Vgl. dazu unten ( 181f.).

2. der Arbeitnehmer nach § 91 Klage auf Feststellung erhoben hat, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet ist."

§ 97 Abs. 1 des Entwurfs entspricht insoweit der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVerfG, jedoch wurde eine Formulierung gewählt, die eher dem Entwurf der Bundestagsfraktion der CDU/CSU[61] zum Betriebsverfassungsgesetz entspricht. Dieser enthielt in § 39 Abs. 3 den Wortlaut: "... so bleibt das Arbeitsverhältnis mindestens bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bestehen."- Die von der Arbeitsgesetzbuchkommission gewählte Formulierung: "Das Arbeitsverhältnis besteht nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur Beendigung des Rechtsstreits fort, ist allerdings widersprüchlich, da die Kündigungsschutzklage nach § 91 des Entwurfs das Feststellungsbegehren zum Inhalt hat, "daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst" sei. Im Fall der Klageabweisung erfolgt damit im Urteil die Feststellung des Gerichts, daß das Arbeitsverhältnis durch die wirksame Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet worden ist. Im den Fall also, daß die Kündigung wirksam gewesen, das ursprüngliche Arbeitsverhältnis folglich beendet worden ist, entsteht unter den in § 97 Abs. 1 genannten Voraussetzungen kraft Gesetzes[62] ein neues Arbeitsverhältnis, welches den Inhalt des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses hat. Dieses gesetzliche Arbeitsverhältnis ist durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage auflösend bedingt[63]. War die Kündigung hingegen unwirksam, so besteht das ursprüngliche Arbeitsverhältnis fort.

---

61) Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung des Arbeitnehmers in Betrieb und Unternehmen (Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU), Bundestagsdrucksache VI/1806 (9).

62) So auch bezüglich § 102 Abs. 5 BetrVerfG: Lepke, DB 1975 (499); Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 123 VIII 14 (599); Hansjörg Weber, BB 1974 (703).

63) Der Ansicht von Hansjörg Weber, BB 1974 (703), daß das gesetzliche Arbeitsverhältnis befristet sei, kann nicht gefolgt werden, da das Enden und damit die Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses nicht nach dem Kalender berechenbar sind, sondern von einem bedingenden Ereignis abhängen; vgl. dazu auch Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 12 D III b (437).

V. Der DGB-Entwurf:

Art 3: "(Recht am Arbeitsplatz)
(4) Bei der Einstellung von Arbeitnehmern darf der Arbeitgeber einen Bewerber nur aus sachlichen, den zu besetzenden Arbeitsplatz betreffenden Gründen abweisen; der Arbeitgeber ist dabei auch an die Diskriminierungsverbote des Artikels 2 Abs. 1 und 2 gebunden."

§ 5 Abs. 1 S. 1[64]:
"Der Arbeitsvertrag und seine Nebenabreden bedürfen keiner Form, soweit Gesetz oder Tarifvertrag nichts anderes bestimmt."

Art. 3 des DGB- Entwurfs ist wie Art. 3 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommussion mit "Recht am Arbeitsplatz" überschrieben, insoweit kann auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden.- Die Gründe, aus denen eine Abweisung eines Bewerbers nur noch zulässig sein soll, werden im DGB-Entwurf als "sachliche" statt als "sachbezogene" (so der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission) bezeichnet. Dieses ändert jedoch nichts an der bereits oben erfolgten Kritik, auf diese kann auch insoweit verwiesen weden.- Gemäß Art. 3 Abs. 4, 2. Halbs. soll der "Arbeitgeber" bei seiner Einstellungsentscheidung "auch an die Diskriminierungsverbote des Artikels 2 Abs. 1 und 2 gebunden" sein, Art. 2 ("Gleichheit und Gleichbehandlung") Abs. 1 und 2 lauten:

"(1) Niemand darf in seinen Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ohne sachlichen Grund benachteiligt oder bevorzugt werden. Das gilt auch für die Ausübung von Gestaltungsrechten durch den Arbeitgeber.
(2) Niemand darf wegen seiner Gewerkschaftszugehörigkeit und gewerkschaftlichen Betätigungen benachteiligt werden."

---

64) = § 4 Abs. 1 S. 1 in der Fassung RdA 1977, 166.

Art. 2 Abs. 1 des DGB-Entwurfs enthält, anders als Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission, keine sog. "speziellen Diskriminierungsverbote", sondern einen "allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz". Ein Gesetz mit dem Inhalt eines "allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes" ist jedoch - wie bereits Bickel nachgewiesen hat[65] - mangels Bestimmtheit nicht möglich, da in einem derartigen "Gesetz" weder die Art der Tatbestände, aufgrund deren Rechtswirkungen eintreten sollen, noch die Art der Rechtswirkungen, die aufgrund von Tatbeständen eintreten sollen, bestimmt sind.

Durch Art. 3 Abs. 4 des DGB-Entwurfs soll - ebenso wie durch die entsprechende Regelung des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission - die in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht beseitigt werden. Dieses entspricht einer totalitären politischen Ideologie.- Der erste Satz des Art. 3 Abs. 4 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission: "Das Arbeitsverhältnis wird nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch Vertrag begründet.", ist im DGB-Entwurf nicht enthalten. Der Grund für die Nichtaufnahme dieses Satzes liegt sicherlich darin, daß der Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes wie weite Teile des arbeitsrechtlichen Schrifttums der Ansicht ist, "die Vertragsinhaltsfreiheit ... funktioniere im Arbeitsrecht nicht"[66]. Dabei wird regelmäßig von den im 19. Jahrhundert gemachten Erfahrungen ausgegangen: sechzehnstündige Arbeitszeit an sechs Wochentagen, Beschäftigung von Kindern in Bergwerken, Elendslöhne und tägliche Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses, um nur einige der damaligen Arbeitsbedingungen zu nennen. Aus diesen Erfahrungen wird der Schluß gezogen, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herrsche "Ungleichgewichtig-

---

65) Bickel, Über die Unmöglichkeit eines Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, 1968.

66) Siehe dazu Zöllner, AcP 176 (229) m.w.N.; vgl. auch Gamillscheg, AcP 164 (411 f.); Migsch, a.a.O. (12); Fabricius, Festschrift für Fechner (187 ff.,insbesondere auch Fußn. 25) hält die Stellung des Arbeitnehmers für sklavenähnlich, er belegt dieses u.a. mit einer Arbeitsordnung aus dem 19. Jahrhundert.

keit"[67]. Diese auch im nichtmarxistischen Schrifttum vertretene Ansicht entspricht den Lehren von Karl Marx[68]: "Der Kontrakt, wodurch er (der Arbeiter; Erg. des Verf.) dem Kapitalisten seine Arbeitskraft verkaufte, bewies sozusagen schwarz auf weiß, daß er frei über sich selbst verfügt. Nach geschlossenem Handel wird entdeckt, daß er 'kein freier Agent' war, daß die Zeit, wofür es ihm freisteht, seine Arbeitskraft zu verkaufen, die Zeit ist, wofür er gezwungen ist, sie zu verkaufen, daß in der Tat sein Sauger nicht losläßt, 'solange noch ein Muskel, eine Sehne, ein Tropfen Bluts auszubeuten'. Zum 'Schutz' gegen die Schlange ihrer Qualen müssen die Arbeiter ihre Köpfe zusammenrotten und als Klasse ein Staatsgesetz erzwingen, ein übermächtiges gesellschaftliches Hindernis, das sie selbst verhindert, durch freiwilligen Kontrakt mit dem Kapital sich und ihr Geschlecht in Tod und Sklaverei zu verkaufen."- Ob die unmenschlichen Arbeitsbedingungen des 19. Jahrhunderts tatsächlich auf eine Untauglichkeit der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht zurückzuführen sind, ist zweifelhaft. Die Ursache der damaligen Zustände lag vermutlich in einer erheblich zu geringen Produktivität im Verhältnis zur sprunghaft gestiegenen Bevölkerung[69].-

Der Arbeitsvertrag wird nach § 5[70] Abs. 1 S. 1 des DGB-Entwurfs grundsätzlich formfrei abgeschlossen. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 ist der Arbeitgeber verpflichtet eine Niederschrift über den Inhalt des Vertrages anzufertigen und sie dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Die Niederschrift ist jedoch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung, vgl. § 5 Abs. 3.- Eine dem § 9 Abs. 3 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission entsprechende Regelung ist im § 5

67) Siehe dazu z.B. Gamillscheg, AcP 164 (411 f.); vgl. auch Zöllner, AcP 176 (229) m.w.N.

68) Karl Marx, a.a.O., Das Kapital, 1. Bd., 1. Buch, 8. Kapitel (336).

69) So auch Zöllner, AcP 176 (231).

70) = § 4 in der Fassung RdA 1977 (166).

des DGB-Entwurfs nicht enthalten. Die Lehre vom sog. "faktischen Arbeitsverhältnis" soll nach dem DGB-Entwurf zusammenhängend geregelt werden (vgl. § 6[71])[72].

71) = § 5 in der Fassung RdA 1977 (166).

72) Vgl. dazu unten ( 182ff.).

## § 5 Der Arbeitnehmerbegriff und die in den Entwürfen vorgenommene Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten

### I. Einleitung

Gegenstand der Untersuchung ist, ob in den einzelnen Entwürfen eine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs enthalten ist, ob eine Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten vorgesehen ist und ob für die Gruppe der leitenden Angestellten besondere Brstimmungen getroffen sind. Ferner wird darzulegen sein, ob die Auszubildenden ("Lehrlinge") berücksichtigt sind.

Da die Begriffe Arbeitnehmer, Arbeiter und Angestellter in der Arbeitsrechtswissenschaft umstritten sind, sollen diese zunächst definiert werden.

Ein Arbeitnehmer ist ein aufgrund eines Arbeitsverhältnisses zur Leistung von Diensten Verpflichteter. Ein Arbeitsverhältnis ist ein Dauergattungsdienstverhältnis, also ein Gattungsdienstverhältnis, das zu seiner Beendigung eines besonderen Beendigungstatbestands bedarf[1].

Entgegen dieser Begriffsbestimmung wird weitgehend vertreten, daß Arbeitnehmer derjenige sei, der "unselbständige", "fremdbestimmte" bzw. "abhängige" Arbeit leiste[2]. Die "Unselbständigkeit", "Fremdbestimmtheit" bzw. "Abhängigkeit" sei die Folge der "Weisungsgebundenheit" des Arbeitnehmers[3].- Die sog. "Weisungsgebundenheit" ist nicht Merkmal des Begriffs Arbeitnehmer, da es - wie auch anerkannt wird[4] - Arbeitnehmer gibt, die nicht "weisungsgebunden" sind, als Beispiele werden

---

1) Vgl. dazu Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis (91 ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 A III b (177 f.).

2) Vgl. Schaub, a.a.O., § 8 II 3 (30); Söllner, Arbeitsrecht, § 3 I 1 (25); Zöllner, Arbeitsrecht, § 4 IV (38).

3) Vgl. Schaub, a.a.O., § 8 II 3 (30); Söllner, Arbeitsrecht, § 3 I 3 b (28); Zöllner, Arbeitsrecht, § 4 III 5 a (35).

4) Vgl. Söllner, Arbeitsrecht, § 3 I 3 b (28); Zöllner, Arbeitsrecht, § 4 III 5 c (36).

u.a. der Chefarzt, der Justitiar und der Forschungsbeauftragte genannt. Wenn es aber auch nur einen Arbeitnehmer gibt, der nicht "weisungsgebunden" ist, so kann "Weisungsgebundenheit" nicht Merkmal des Begriffs Arbeitnehmer sein. Von "Weisungsgebundenheit" des Arbeitnehmers wird gesprochen, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Regelfall gegenüber berechtigt ist, durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung die vom Arbeitnehmer geschuldete Gattung von Handlungen zu individualisieren (Weisungsberechtigung, Direktionsberechtigung). So schuldet ein Automechaniker, dem die Weisung erteilt wird, ein bestimmtes Fahrzeug zu reparieren, aufgrund der Rechtswirkung dieser Weisung nicht mehr irgendwelche Automechanikerarbeiten, sondern diejenigen, die erforderlich sind, um dieses Fahrzeug wieder fahrtauglich zu machen. Eine derartige Direktionsberechtigung muß dem Arbeitgeber aber - wie es das Beispiel des Chefarztes zeigt - nicht zustehen; es ist durchaus möglich, daß der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses die Individualisierung der Gattungshandlungsschuld selbst vornimmt. Das Wort "Weisungsgebundenheit" erweckt auch den unzutreffenden Eindruck, der Arbeitnehmer sei neben der Gebundenheit eines Schuldners, dem Schuldinhalt entsprechende Dienste zu erbringen, noch einer darüber hinausgehenden Gebundenheit, Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen, unterworfen; dieses ist jedoch nicht der Fall. Es besteht nur eine einzige Gebundenheit mit dem Inhalt, den Gattungsmerkmalen entsprechende, durch Weisung des Gläubigers zu individualisierende Dienste zu erbringen[5]. Die Gegenansicht beruht auf einer herrschaftlichen, der juristischen Dogmatik abgewandten Ideologie. Ein bezeichnendes Beispiel dafür sind die Ausführungen von Sinzheimer[6] zum "Befehlsrecht":

---

5) Vgl. dazu Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 A III c (179 f.).

6) Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts (146 ff., 147)

"Der Arbeitgeber macht dieses Recht geltend, nicht weil er Gläubiger, sondern weil er Herr ist. Gewiß kann auch ein Gläubiger, der nichts ist als ein Gläubiger, dem Schuldner Direktiven geben. Wenn ich bei einem Schneider einen Anzug bestelle, so kann ich ihm Anweisungen geben, wie er die Arbeit ausführen soll. Aber ein solches Direktionsrecht ist kein Befehlsrecht. Wohl ist das Direktionsrecht in dem Befehlsrecht enthalten. Aber das Befehlsrecht ist mehr als das Direktionsrecht. Es bezieht sich nicht nur auf die Bestimmung der Leistung, sondern auch des persönlichen Verhaltens bei der Leistung, auf ihre Zeit, ihren Ort und ihre Umwelt. Es realisiert eine Ordnung, nicht eine Forderung."-

Entsprechend diesen Ausführungen ist der die "Leitungsbefugnis" beinhaltende zweite Abschnitt, II des Entwurfs von 1923 mit "Unterordnung" überschrieben; auch dadurch wird deutlich, daß dieser Entwurf unter dem Einfluß herrschaftlichen Denkens entstanden ist.-

Die Begriffsbestimmung der Begriffe Arbeiter und Angestellter bereitet der Arbeitsrechtswissenschaft ebenfalls Schwierigkeiten[7]. Der Begriff des Arbeiters wird überwiegend negativ in der Form "definiert", daß Arbeiter derjenige Arbeitnehmer sei, der nicht Angestellter ist[8]. Angestellter soll ein Arbeitnehmer sein, wenn bei seiner Tätigkeit die gedanklich geistige Arbeit die mechanische, mit der Hand geleistete Arbeit überwiegt[9]. Er soll ferner Angestellter sein, wenn er "kaufmännische Tätigkeiten und ... Büroarbeiten ausführt"; dieses soll auch dann gelten, wenn die Tätigkeiten "einfachster Art sind und keine Vorbildung voraussetzen"[10]. In Zweifelsfällen sei "an Hand der Verkehrsanschauung zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer Angestellter oder Arbeiter" sei[11]. So soll auch

---

7) Vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, § 5 II 3 (44).

8) Vgl. z.B. Schaub, a.a.O., § 13 I 2 (44) m.w.N.

9) Vgl. Schaub, a.a.O., § 13 II 1 (45 f.).

10) Söllner, Arbeitsrecht, § 4 I 1 (31).

11) Schaub, a.a.O., § 13 I 3 (45); vgl. u.a. auch Zöllner, Arbeitsrecht, § 5 II 3 (44).

ein Berufsfußballspieler, obwohl er eine vorwiegend körperliche Tätigkeit ausübt, Angestellter sein[12]. Die vorwiegend vertretene "Definition" ist somit untauglich.

Arbeiter ist vielmehr, wer eine arbeiterrentenversicherungspflichtige Beschäftigung ausübt, auch wenn er nicht versicherungspflichtig ist. Angestellter ist, wer eine angestelltenversicherungspflichtige Beschäftigung ausübt, auch wenn er nicht versicherungspflichtig ist. Diese Definitionen entsprechen der gesetzlichen Regelung des § 6 BetrVerfG.-

Überwiegend wird angenommen, auch die Auszubildenen seien Arbeitnehmer[13]. Die Ansicht ist unzutreffend, da ein Auszubildender nicht aufgrund eines Arbeitsverhältnisses zur Leistung von Diensten verpflichtet ist. Ein Arbeitsverhältnis ist ein synallagmatisches Schuldverhältnis mit dem Inhalt, für den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber die Pflicht zur Erbringung der vereinbarten Dienste, für den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer die Pflicht zur Entrichtung des vereinbarten Arbeitsentgelts zu begründen. Aufgrund des Ausbildungsverhältnisses wird für den Ausbilder die Pflicht zur Ausbildung, für den Auszubildenden die Pflicht, sich ausbilden zu lassen, begründet. Die in § 10 BBiG erfolgte Regelung des "Vergütungsanspruchs" begründet lediglich eine Nebenpflicht des Ausbilders. Das Ausbildungsverhältnis ist somit kein Arbeitsverhältnis besonderer Art. Dieses schließt allerdings nicht aus, daß arbeitsrechtliche Regelungen aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands (vgl. § 3 Abs. 2 BBiG) auf das Berufsausbildungsverhältnis Anwendung finden.

---

12) BSGE 16 (98 ff., 105).

13) Vgl. Schaub, a.a.O., § 16 II 1 (53); Söllner, Arbeitsrecht, § 4 III (33); Zöllner, Arbeitsrecht, § 5 IV 2 (47).

II. Der Entwurf von 1923:

§ 2: "(1) Arbeitnehmer sind Arbeiter, Angestellte und Lehrlinge.
(2) Angestellte sind Arbeitnehmer, die überwiegend höhere oder kaufmännische oder büromäßige Arbeit leisten.
(3) Lehrlinge sind Arbeitnehmer, die zu ihrer Ausbildung beschäftigt werden.
(4) Arbeiter sind die übrigen Arbeitnehmer."

§ 3: "Auf Lehrlinge finden die Vorschriften dieses Gesetzes nur insoweit Anwendung, als sich aus der Art des Verhältnisses nichts anderes ergibt. Die Anwendung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß weder Barentgelt noch Sachbezüge vereinbart sind."

§ 4: "Soweit sich aus der Art des Verhältnisses nichts anderes ergibt, finden die Rechtssätze über Arbeitnehmer Anwendung auf:
1. Vorstandsmitglieder und gesetzliche Vertreter von juristischen Personen und Personengemeinschaften des öffentlichen und privaten Rechts;
2. Heimgewerbetreibende und sonstige arbeitnehmerähnliche Personen (Heimwerker)."

Der Entwurf von 1923 enthält keine Legaldefinition des Begriffs Arbeitnehmer. Gemäß § 2 Abs. 1 sind Arbeiter, Angestellte und "Lehrlinge" (Auszubildende) Arbeitnehmer. Das Ausbildungsverhältnis wird somit unzutreffend als Arbeitsverhältnis "eigener Art" angesehen[14]. Zweifel dagegen werden in der Literatur dieser Zeit überwiegend deshalb erhoben, weil "Lehrlinge" zumeist keine "Geld- oder Sachbezüge" erhalten, sondern vielfach ihrerseits noch "Lehrgeld" entrichten

---

14) Vgl. "Denkschrift" (14) unter "Arbeitnehmer, 4.".

müssen[15]. Von Molitor[16] wird vorgeschlagen zu erwägen, "ob man nicht wie § 3 Entw." nahelege, "die Lehrlinge ganz aus dem Arbeitnehmerbegriff ausscheiden" wolle. Die von Molitor erwogene Lösung ist auch heute noch aktuell. Auszubildende sind, da die Merkmale des Begriffs Arbeitnehmer auf sie nicht zutreffen, keine Arbeitnehmer; arbeitsrechtliche Regelungen finden jedoch aufgrund eines besonderen gesetzlichen Tatbestands auf sie Anwendung.- Die fehlerhafte Ansicht, Auszubildende seien Arbeitnehmer, beruht auf einer fehlenden bzw. fehlerhaften Definition des Begriffs Arbeitsverhältnis.-

Eine zutreffende Definition der Begriffe Arbeiter und Angestellter gelingt den Verfassern des Entwurfs von 1923 nicht. Für Angestellte soll entscheidend sein, daß sie "überwiegend höhere Arbeit" leisten; "aber ohne Rücksicht auf die Bewertung als 'höhere' oder 'Kopfarbeit'" erklärt der Entwurf "alle kaufmännische und büromäßige Arbeit zu Angestelltenarbeit"[17]. Der damit gegebene Versuch einer Begriffsbestimmung entspricht weitgehend den auch heute noch in der Literatur angeführten Definitionsversuchen[18]. Der Begriff des Arbeiters wird, wie auch heute vielfach, nur negativ bestimmt[19].- Die Unterteilung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte wird im Entwurf nur in den §§ 69, 79 Abs. 2 und 144 Abs. 1 vorgenommen; die Bestimmungen betreffen die Fälligkeit des Arbeitsentgelts (§ 69), die Arbeitsentgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 79 Abs. 2) und die Regelung der Kündigungsfristen und -termine (§ 144 Abs. 1). Die Bedeutung der Unterteilung in Arbeiter und Angestellte ist damit für das allgemeine Arbeitsver-

---

15) Vgl. "Denkschrift" (15) unter"Arbeitnehmer, 4."; Kreller, AcP 122 (6 f.); Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (78 f.).

16) Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (78 f.).

17) Vgl. "Denkschrift" (14) unter "Arbeitnehmer, 1.".

18) Vgl. z.B. Söllner, Arbeitsrecht, § 4 I 1 (31).

19) Vgl. z.B. Schaub, a.a.O., § 13 I 2 (44).

tragsgesetz nicht sehr groß, allerdings war vorgesehen, in dem zu schaffenden Arbeitsgesetzbuch die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten verstärkt zu berücksichtigen[20].-

Gemäß § 4 Ziff. 1 finden auf die dort genannten leitenden Angestellten die arbeitsrechtlichen Regelungen Anwendung, "soweit sich aus der Art des Verhältnisses nichts anderes ergibt". Die von den Verfassern des Entwurfs gewählte Formulierung resultiert aus dem Zweifel, ob die in § 4 Ziff. 1 genannten leitenden Angestellten überhaupt Arbeitnehmer sind[21]. Eine gegebenenfalls erforderliche Regelung des Rechts der leitenden Angestellten sollte im zu schaffenden Arbeitsgesetzbuch an späterer Stelle erfolgen[22].-

Nach § 4 Ziff. 2 finden die arbeitsrechtlichen Regelungen auf die sog. "arbeitnehmerähnlichen Personen" Anwendung. Eine Begriffsbestimmung der "arbeitnehmerähnlichen Personen" unterbleibt. In der "Denkschrift" wird festgestellt, "die nähere Bestimmung dieser Personen" sei "Sache der Praxis"[23]. Dadurch wird deutlich, daß bereits im Entwurf von 1923 bei auftretenden Gesetzgebungsschwierigkeiten (genauer gesagt: Definitionsschwierigkeiten) die Lösung des Problems der Rechtsprechung überlassen wurde, was notwendig zu einer Kasuistik und damit zu einer Verneinung des Rechtsstaats führt. Statt die rechtlichen Verhältnisse zu erkennen, verfügt der Richter über sie, was notwendig autoritär und totalitär geschieht. Denn letztlich bleibt es seiner Willkür überlassen, ob er in diesen Fällen das Vorliegen eines im Streit befindlichen rechtlichen Verhältnisses annnimmt oder nicht.- Ein hergestelltes oder natürliches rechtliches Gesetz ist ein allgemeines Urteil über notwendige rechtliche Zusam-

---

20) Vgl. "Denkschrift" (12) unter "Stellung im Arbeitsrechte, 1.".

21) Vgl. "Denkschrift" (14) unter "Arbeitnehmer, 3.".

22) Vgl. "Denkschrift" (14) unter "Arbeitnehmer, 2.".

23) "Denkschrift" (15) unter "Heimwerker".

menhänge zwischen Tatbeständen einer bestimmten Art und Rechtswirkungen einer bestimmten Art des Inhalts, daß aufgrund von Tatbeständen dieser Art Rechtswirkungen dieser Art eintreten. Die Existenz eines rechtlichen Gesetzes kann in einem allgemeinen Urteil nur zutreffend behauptet werden, sofern die Tatbestände, aufgrund deren Rechtswirkungen eintreten sollen, begrifflich bestimmt sind sowie die begriffliche Bestimmtheit der Rechtswirkungen, die aufgrund der Tatbestände eintreten sollen, gegeben ist. Wenn heute vertreten wird, "das Arbeitsvertragsrecht" sei "in 'Kassel' gut aufgehoben"[24], so dokumentiert dieses die inzwischen vollzogene Wandlung vom Rechtsstaat zum Richterstaat[25].

Der aufgezeigten Tendenz entsprechend, aufgetretene Definitionsschwierigkeiten an die Praxis zu verweisen, ist in § 5 Abs. 1 des Entwurfs vorgesehen, daß "das Reichsarbeitsgericht ... bindende Richtlinien über Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zu den in §§ 1 bis 4 ... genannten Personengruppen aufstellen" kann. "Auf Ersuchen des Reichsarbeitsministers oder des Reichsjustizministers ist es dazu verpflichtet" (§ 5 Abs. 2).

III. Der Entwurf von 1938:

Entsprechend der Ansicht, "das Arbeitsverhältnis" habe "seinen schuldrechtlichen Charakter abgestreift"[26], unterbleibt im Entwurf von 1938 eine Definition der Begriffe Arbeitnehmer, Arbeiter und Angesetllter. Gemäß der nationalsozialistischen Terminologie wird der Arbeitnehmer als "Gefolgsmann" bezeichnet. Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten wird weitgehend vermieden, da sie nicht dem nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken entspricht[27], nur in einzelnen

---

24) So Schwerdtner, ZfA 1979 (3).

25) Vgl. dazu Bickel, alma mater philippina, WS 76/77 (7 ff.).

26) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis - Begründung (82).

27) Vgl. Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, 1. Aufl., 1938, § 7 II (45 f.).

Bestimmungen, in denen auch nach bisherigem Recht unterschiedliche Regelungen erfolgt waren, wird eine Unterteilung zwischen Arbeitern und Angestellten vorgenommen. Dementsprechend finden sich unterschiedliche Regelungen bei der Arbeitsentgeltfortzahlung in den Fällen, in denen der "Gefolgsmann" schuldlos an der Arbeitsleistung verhindert war (§ 37 Abs. 2), bei den Arbeitsentgeltzahlungsterminen (§§ 57, 58) und bei den Kündigungsfristen und -terminen (§§ 96, 97, 98). Es läßt sich somit feststellen, daß die Unterscheidung, die der Entwurf von 1938 bezüglich der Arbeiter und Angestellten trifft, weitgehend den unterteilenden Regelungen des Entwurfs von 1923 entspricht.

Bezüglich des Berufsausbildungsverhältnisses bestimmt § 123:

> "Das Berufserziehungs- und -ausbildungsverhältnis der jugendlichen Gefolgsmänner regelt sich nach den Vorschriften besonderer Gesetze. Das vorliegende Gesetz findet Anwendung, soweit sich nicht aus den Jugendgesetzen etwas anderes ergibt."

Die Auszubildenden werden somit gemäß der Terminologie des Entwurfs von 1938 als "Gefolgsmänner" (sprich: Arbeitnehmer) bezeichnet. Die - wie dargelegt - unrichtige Ansicht, das Ausbildungsverhältnis sei ein Arbeitsverhältnis besonderer Art, entspricht auch der überwiegenden Meinung im damaligen Schrifttum[28]. Das Ausbildungsverhältnis wird in § 123 als "Berufserziehungs- und -ausbildungsverhältnis" bezeichnet, der Ausbilder schuldet neben der Ausbildung also auch allgemeine Erziehung[29]; dabei handelt es sich um eine personenrechtliche Nebenpflicht, die auch heute noch aufgrund der Bestimmung des § 6 Abs. 1 Ziff. 5 BBiG besteht.

Leitende Angestellte und arbeitnehmerähnliche Personen werden im Entwurf von 1938 nicht besonders berücksichtigt.

---

28) Vgl. u.a. Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, 1. Aufl., 1938, § 8 I (47 f.); Potthoff, Das Deutsche Arbeitsrecht, 1935 (116).

29) Vgl. Potthoff, Das Deutsche Arbeitsrecht, 1935 (117).

IV. Der Entwurf von 1977:

Der Begriff Arbeitnehmer ist von der Arbeitsgesetzbuchkommission bisher nicht definiert worden, die Legaldefinition soll in einem vorausgehenden Buch ("Allgemeine Vorschriften") erfolgen[30].- Durch das Betriebsverfassungsgesetz 1972 und das Mitbestimmungsgesetz 1976 ist die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten betont worden, der Entwurf hingegen geht von einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff aus[31], d.h. es sind keine unterschiedlichen Regelungen für Arbeiter und Angestellte vorgesehen[32]. Sowohl die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 55) als auch die Kündigungsfristen und -termine (vgl. § 95) werden für Arbeiter und Angestellte nicht mehr unterschiedlich geregelt. Dadurch erübrigt sich, die Begriffe Arbeiter und Angestellter im Entwurf zu definieren.-

Eine besondere Regelung ist für die leitenden Angestellten in § 26 i vorgesehen. Danach kann die im Entwurf besonders geregelte Arbeitnehmerhaftung (vgl. § 26) für leitende Angestellte einzelvertraglich verschärft werden. Die Begriffsbestimmung der leitenden Angestellten erfolgt in § 26 i in Übereinstimmung mit § 5 Abs. 3 BetrVerfG.- § 14 KSchG soll hingegen nach Auffassung der Kommission aufgehoben werden[33].-

Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person und die Frage, welche Bestimmungen des Arbeitsvertragsgesetzes auf diese Anwendung finden, sollen erst im Rahmen eines folgenden Buchs geregelt werden[34]. Auch eine Regelung bezüglich der Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen auf Ausbildungsverhältnisse ist im Entwurf bisher nicht getroffen worden.

---

30) Vgl. Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht - (20).

31) Ablehnend dazu Stellungsnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (40).

32) Siehe dazu Hanau, ZRP 1978 (220).

33) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht - (125).

34) Vgl. dazu Schwerdtner, ZfA 1979 (26 f.).

V. Der DGB-Entwurf:

Der DGB-Entwurf geht - ebenso wie der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission - von einem sog. einheitlichen Arbeitnehmerbegriff aus. Besondere Bestimmungen für leitende Angestellte sind nicht vorgesehen. Gemäß § 2[35] sollen die Regelungen auch auf die Rechtsverhältnisse der arbeitnehmerähnlichen Personen Anwendung finden, "sofern sich nicht aus der Art und Weise der Arbeitsleistung etwas Abweichendes ergibt".- Weitere Besonderheiten weist der DGB-Entwurf gegenüber dem Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission insoweit nicht auf, eine ausführlichere Behandlung kann deshalb unterbleiben.-

Als Gemeinsamkeit aller Entwürfe läßt sich feststellen, daß eine Legaldefinition des Begriffs Arbeitnehmer bisher in keinem der Entwürfe enthalten ist, eine solche soll allerdings - wie bereits ausgeführt - in den Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission aufgenommen werden. Einer derartigen gesetzlichen Definition bedarf es jedoch nicht. Ein Arbeitnehmer ist ein an einem Arbeitsverhältnis als Schuldner der darin begründeten Dienstpflichten Beteiligter[36]. Die wissenschaftliche Definition des Begriffs Arbeitsverhältnis ist bereits von Ernst Wolf[37] vorgenommen worden: Ein Arbeitsverhältnis ist ein Dauerdienstverhältnis.- Ernst Wolf hat damit die der Arbeitsrechtswissenschaft obliegende Ausgabe, nämlich die Definition des Begriffs ihres Erkenntnisgegenstands, erfüllt[38]. Wird dem Vorhaben der Arbeitsgesetzbuchkommission entsprechend eine Legaldefinition des Begriffs Arbeitnehmer in das Arbeitsvertragsgesetz aufgenommen, so ist angesichts der einleitend wiedergegebenen Definitionsversuche des arbeitsrechtlichen

---

35) = § 1 a in der Fassung RdA 1977 (166).

36) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (716).

37) Ernst Wolf, das Arbeitsverhältnis (91 ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 A (175 ff.).

38) Vgl. dazu insbesondere Ernst Wolf, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (709 ff.).

Schrifttums zu befürchten, daß statt einer Definition eine auf herrschaftlicher Ideologie beruhende "Generalklausel" in das Gesetz aufgenommen wird, die es einer totalitären und autoritären "Richterpolitik" überläßt, im einzelnen Fall zu bestimmen, wer Arbeitnehmer ist.

Unterschiedliche Regelungen für Arbeiter und Angestellte sind in den Entwürfen entweder überhaupt nicht vorgesehen, so im Entwurf von 1977 und im DGB-Entwurf, oder haben nur einen geringen Umfang, so in den Entwürfen von 1923 und 1938.

## § 6 "Treue-", "Fürsorge-" und "Interessenwahrungspflichten"[1)]

### I. Einleitung

Es soll untersucht werden, ob und gegebenenfalls welche Regelungen bezüglich der "Generalklauseln" "Treue-", "Fürsorge-" und "Interessenwahrungspflicht" in den einzelnen Entwürfen erfolgt sind. Da die Termini "Treue-", "Fürsorge-" und "Interessenwahrungspflicht" im arbeitsrechtlichen Schrifttum nicht einheitlich verwandt werden, ist einleitend ihr Gegenstand darzulegen.

Die Bezeichnung "Treuepflicht" wird in der Literatur vielfach als "Oberbegriff" einzelner Nebenpflichten bzw. für die Benennung der "Summe der Nebenpflichten" des Arbeitnehmers verwandt, die dieser "zur sach- und interessengemäßen Ausführung der Arbeit erfüllen" müsse[2)]. Es wird vertreten, "die Treuepflicht" setze "sich ... aus einzelnen vertraglichen Nebenpflichten zusammen"[3)]. "Treuepflichten" sollen insbesondere sein: das "Konkurrenzverbot" bei bestehendem Arbeitsverhältnis für kaufmännische Angestellte (§§ 60, 61 HGB), das "Schmiergeldverbot" (§ 12 UWG) und die Verschwiegenheitspflicht (§ 17 UWG). Diese Pflichten haben die Gemeinsamkeit, daß ihr Entstehen durch einen besonderen gesetzlichen Tatbestand bedingt wird; es ist jedoch durchaus denkbar, daß eine "Treuepflicht" durch eine vertragliche Abrede begründet wird. So kann beispielsweise ein Arbeitgeber aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung seinem Arbeitnehmer gegenüber berechtigt sein, diesen bei dem Verlassen des Fabrikgeländes einer Torkontrolle zu unterziehen.- Demgegenüber wird jedoch von denselben Autoren vertreten, "Umfang und Grenzen der Treuepflicht" könnten "nicht abstrakt definiert werden, sondern" seien "nach

---

1) Vgl. dazu auch die grundlegenden Ausführungen von Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis (21 ff.).

2) Vgl. Schaub, a.a.O., § 53 I 1 (204).

3) Söllner, Arbeitsrecht, § 29 II (215); vgl. dazu auch Schwerdtner, ZfA 1979 (17).

den jeweiligen Umständen des einzelnen Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu bestimmen"[4]. "Aus dieser umfassenden Verpflichtung" folgten "einzelne Unterlassungspflichten, aber auch Pflichten zu positivem Tun"[5]; "die Treuepflicht" schaffe "zahlreiche, nicht im einzelnen aufzählbare Nebenpflichten"[6]. Diese zuletzt genannten Äußerungen stehen im Widerspruch zu den einleitend wiedergegebenen Zitaten, denn hier wird "Treuepflicht" nicht mehr als Sammelbezeichnung bereits existierender rechtlicher Verhältnisse verwandt, vielmehr wird unter "Treuepflicht" eine "Generalklausel" verstanden, die selbst "Entstehungstatbestand" einzelner Rechtspflichten sein soll.- Die Tatbestände, aufgrund deren die "Treuepflicht" das Entstehen einer einzelnen Rechtspflicht bedingen soll, sind jedoch ungewiß, entscheidend sollen "die jeweiligen Umstände" "unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung" sein. Die angeblich bedingten Pflichten seien "nicht einzeln aufzählbar", also ebenfalls nicht bestimmbar. Dadurch wird deutlich, daß der Terminus "Treuepflicht" in diesem Zusammenhang als Leerwort verwandt wird. Er hat keinen juristischen Inhalt, sondern wird benutzt, um ohne ein allgemeines begriffliches Merkmal zu behaupten oder zu verneinen, daß eine Verpflichtung bestehe. Die Annahme einer "umfassenden Verpflichtung" des Arbeitnehmers, genannt "Treuepflicht", ist verfehlt, weil eine solche vermeintliche "Pflicht" wegen der Unvorhersehbarkeit aller die Arbeitsleistung beeinflussenden Umstände keinen möglichen Inhalt hat. Dem Richter wird mit der Behauptung einer solchen "Pflicht" die unlösbare Aufgabe angesonnen, der inhaltlosen Scheinpflicht ex post einen Inhalt zu geben, sie zu "konkretisieren", d.h. einen nicht existierenden Inhalt willkürlich zu behaupten. Da der Arbeitnehmer nicht wissen kann, wie diese Entscheidung ausfallen

---

4) Schaub, a.a.O., § 53 I 5 (205).

5) Söllner, Arbeitsrecht, § 29 II (214).

6) Schaub, a.a.O., § 53 I 4 (205).

wird, ist er der Willkür ausgesetzt.- Da der Terminus "Treuepflicht" überwiegend nicht nur als Sammelbezeichnung existierender Nebenpflichten des Arbeitnehmers, sondern vielfach als Leerwort verwandt wird, welches dazu dient, die Existenz von Verpflichtungen willkürlich zu behaupten, sollte auf diese Bezeichnung gänzlich verzichtet werden.-

Die zur "Treuepflicht" gemachten Ausführungen gelten entsprechend für die "Fürsorgepflicht"[7]. Einerseits wird ausgeführt, "die Fürsorgepflicht" umfasse "eine Anzahl vertraglicher Nebenpflichten"[8], andererseits wird dargelegt, "die allgemeine Fürsorgepflicht" durchdringe "wie der Grundsatz von Treu und Glauben das gesamte Arbeitsverhältnis"[9]. "Der allgemeine Inhalt der Fürsorgepflicht" könne "nicht abstrakt umschrieben werden. Er" hänge "stets von den Umständen des Einzelfalles ab und" ändere "sich gelegentlich auch mit den sozialpolitischen Anschauungen"[10]. Die "Fürsorgepflicht" sei eine "generalklauselartige Grundlage"[11], sie habe eine "generalklauselartige Funktion"[12]. "Die allgemeine arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht" sei "wie jede andere Generalklausel zunächst für den Richter eine Kompetenz- bzw. Delegationsnorm"[13]; sie setze "der arbeitsrechtlichen Phantasie kaum Grenzen"[14]. "Da der Gesetzgeber ... niemals die Vielfalt der im Arbeitsleben auftauchenden Rechtsfragen normativ einfangen" könne, komme "der allgemeinen Fürsorgepflicht wie jeder Generalklausel eine politisch-rechtsfortbildende Funktion zu"[15].-

---

7) Ablehnend auch Ernst Wolf, Anmerkung zu BAG AP Nr. 78 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

8) Söllner, Arbeitsrecht, § 31 II (219).

9) Schaub, a.a.O., § 108 II 4 (517).

10) Schaub, a.a.O., § 108 V 1 (522).

11) Zöllner, Arbeitsrecht, § 16 III (129).

12) Isele, Juristen-Jahrbuch 8 (75).

13) Schwerdtner, ZfA 1979 (7).

14) Schwerdtner, ZfA 1979 (8).

15) Schwerdtner, ZfA 1979 (18).

Aus diesen Zitaten wird deutlich, daß der Terminus "Fürsorgepflicht" ebenso wie die Bezeichnung "Treuepflicht" keinen begrifflichen Inhalt hat, sondern als Leerwort verwandt wird; auch auf seine Verwendung sollte deshalb verzichtet werden. Des weiteren lassen die wiedergegebenen Ausführungen ein Vermengen von rechtlichem Erkennen und politischem Handeln deutlich werden[16]. Politisches Handeln und Rechtserkenntnis schließen einander jedoch aus. Erkennen eines Gegenstands heißt, diesen so zu beurteilen, wie er ist; weder wird durch das Erkennen der Gegenstand hervorgebracht noch verändert. So wird auch durch ein erkennendes gerichtliches Urteil nicht das Entstehen, Beenden oder Ändern eines rechtlichen Verhältnisses bedingt, denn der Richter kann aufgrund eines Urteils - von den Sonderfällen der Gestaltungsurteile abgesehen - rechtliche Verhältnisse weder herstellen, beenden noch ändern[17]. Ein Erkennender hat jeweils nur eine einzige Möglichkeit wahren Urteilens; jedes Urteil anderen Inhalts ist notwendig unwahr. Ein Tatbestandsmerkmal einer rechtlichen Regelung kann deshalb keine "politisch-rechtsfortbildende Funktion" haben. Denn jeder nicht von dem Gegenstand - also hier: von dem zu erkennenden rechtlichen Verhältnis - genommene, sondern von dem erkennenden Menschen subjektiv hinzugefügte Inhalt macht das Urteil unwahr. Das Erkennen von rechtlichen Verhältnissen ist daher mit politischem Handeln nicht verknüpfbar; werden sie dennoch miteinander vermengt, wird rechtliches Erkennen verhindert. Gerichtsbarkeit ist dann nur noch Schein[18].

Im neueren Schrifttum wird z.T. statt der Bezeichnungen "Treue-" und "Fürsorgepflicht" der Terminus "Interessenwahrungspflicht"[19] verwandt. Da das Verfolgen eines Interesses

---

16) Vgl. dazu auch Schwerdtner, Arbeitsrecht I, Studienkurs (9): "Wenn nicht alles täuscht, ereignet sich in der Gegenwart eine Wiederbelebung der Tradition einer politischen Arbeitsrechtswissenschaft.".

17) Vgl. auch Ernst Wolf, Anmerkung zu BAG AP Nr. 78 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht (Bl. 45).

18) Siehe Ernst Wolf, Recht und Gesellschaft 1973 (16 f.).

19) Vgl. Schwerdtner, ZfA 1979 (39); ders., Fürsorgetheorie und Entgelttheorie (90 f.).

rechtmäßig oder rechtswidrig sein kann, ist es nicht möglich, vom Vorliegen eines Interesses auf Rechtmäßigkeit oder auf die Existenz einer Pflicht zur Wahrung dieses Interesses zu schliessen. Der Ausdruck "Interessenwahrungspflicht" ist deshalb verfehlt. Es handelt sich auch dabei nur um ein Leerwort.-

II. Der Entwurf von 1923:

Der eine Regelung bezüglich des "Schmiergeld", der Schweigepflicht und Bestimmungen bezüglich des "Wettbewerbsverbots" beinhaltende zweite Abschnitt, III des Entwurfs von 1923 ist mit "Treuepflicht" überschrieben. Eine Regelung der "umfassenden" "Treuepflicht" ist im Entwurf allerdings nicht enthalten, diese wird jedoch laut "Denkschrift" "ohne ausdrückliche Hervorhebung anerkannt"[20]. "Ihr Inhalt" gehe "dahin, daß der Arbeitnehmer die Belange des Arbeitgebers, dem er seine Arbeitskraft zur Verfügung" stelle, "in einem dem Vertrage entsprechenden Maße fördern" solle[21].- Obwohl also in der "Denkschrift" und im Schrifttum von der Existenz einer "Generalklausel" "Treuepflicht" ausgegangen wird[22], ist eine solche im Entwurf selbst nicht enthalten.

Eine Regelung bezüglich einer "umfassenden" "Fürsorgepflicht" ist im Entwurf ebenfalls nicht enthalten[23]; gefordert wurde eine solche u.a. von Alfred Hueck[24].- Die Ausführungen zur "Fürsorgepflicht" im damaligen Schrifttum machen das weitverbreitete herrschaftliche Denken in der Arbeitsrechtswissenschaft dieser Zeit deutlich. So wird dargelegt[25], "der Gewalt des Arbeitgebers über die Person des Arbeitnehmers, dem Herrenrecht", entspreche "eine Pflicht des Arbeitgebers zur Fürsorge für die Person des Arbeitnehmers".

---

20) "Denkschrift" (16 f.) unter "III. Treuepflicht".

21) Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (129).

22) Vgl. dazu auch Vallbracht, a.a.O. (63).

23) Vgl. dazu auch Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (171 f.).

24) Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (173); übereinstimmend Vallbracht, a.a.O. (85).

25) Vallbracht, a.a.O. (76).

"In ihr" lebe "die alte Herrenpflicht, wie sie durch die Herrentreue bedingt" werde, "fort".

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß im Entwurf von 1923 selbst insoweit keine "Generalklauseln" enthalten sind; für einzelne Nebenpflichten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers sind besondere Bestimmungen vorgesehen.

III. Der Entwurf von 1938:

§ 1: "(1) Das Arbeitsverhältnis ist das auf Ehre, Treue und Fürsorge gegründete Gemeinschaftsverhältnis, in dem ein Gefolgsmann seine Arbeitskraft für einen Unternehmer in dessen Betrieb oder sonst in dessen Dienst einsetzt."

§ 15: "Der Gefolgsmann darf den Unternehmer nicht im Stich lassen und muß in dringenden Fällen auch mehr oder andere als die im Vertrag übernommene Arbeit leisten, wenn die Treuepflicht dies erwarten läßt. ..."

§ 19: "Der Gefolgsmann hat sich nach besten Kräften für das Wohl des Unternehmers und des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen des Unternehmers und des Betriebes zuwiderläuft."

§ 68: "Eine würdige und der Ehre des Gefolgsmannes entsprechende Behandlung ist Pflicht des Unternehmers. Er hat für das Wohl des Gefolgsmannes im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu sorgen, soweit die Betriebsverhältnisse und die Art der Arbeitsleistung es gestatten. ..."

Bezüglich der "Generalklausel" "Treuepflicht" wird in der "Begründung"[26] des Entwurfs von 1938 ausgeführt, "der Gedanke der Treue" sei "der beherrschende Faktor des Arbeitsver-

---

26) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (58).

hältnisses"[27]. "Die Treuepflicht" werde "in den Einzelpflichten des Unternehmers und des Gefolgsmannes konkretisiert". "Seine (des Gefolgsmanns; Erg. des Verf.) Treuepflicht" habe "einen positiven und einen negativen Inhalt. Positiv" bedeute "sie die Verpflichtung, sich nach besten Kräften für das Wohl des Unternehmers und des Betriebes einzusetzen. Das" gelte "zunächst für die Ausführung der Arbeit, aber auch für das nicht unmittelbar mit der Arbeitsleistung zusammenhängende Verhalten des Gefolgsmannes". "Die Treuepflicht" verlange "das positive Eintreten für die Interessen, das Ansehen und den Ruf des Betriebes und des Unternehmers". "Negativ" enthalte "die Treuepflicht die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen des Unternehmers und des Betriebes" zuwiderlaufe. "Hierher" gehöre "die Verpflichtung, den Ruf und Kredit des Unternehmers nicht zu gefährden, auch nicht durch Mitteilung wahrer Tatsachen ...".-

Mit der Einführung einer als "Generalklausel" verstandenen "Treuepflicht" wurde - wie dieses bereits durch § 2 Abs. 2 AOG geschehen war[28] - das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis verneint. Was Inhalt des "Treuegedankens" ist, der das Arbeitsverhältnis "beherrscht"[29], kann willkürlich behauptet werden[30]. Im Schrifttum wird ausgeführt, die "Treuepflicht" enthalte "höchste Gebote nationalsozialistischen Rechtswollens"[31]; bereits begründete Arbeitsverhältnisse müßten "in freier richterlicher Rechtsschöpfung im Geiste dieser neuen Pflichten ("Treue-" und "Fürsorgepflichten"; Erg. des Verf.) verbessert werden"[32]. Damit diente die "Treue-

---

27) Vgl. dazu auch Hueck, ZAkDR 1938 (300).

28) Vgl. dazu Dietz in Hueck / Nipperdey / Dietz, a.a.O., § 2 Rdn. 16 s (53): "Treue-" und "Fürsorgepflicht" "gestalten unmittelbar die aus ihm (dem Arbeitsverhältnis; Erg. des Verf.) sich ergebenden Rechte und Pflichten. Sie sind primär und bestimmen das Wesen des Arbeitsverhältnisses.".

29) Hueck, ZAkDR 1938 (300).

30) Vgl. auch Ramm, KritJ 1968 (116).

31) Kreller, ZAkDR 1938 (302).

32) Kreller, ZAkDR 1938 (303).

pflicht" zur unmittelbaren Durchsetzung des Führerwillens, der Richter war aufgerufen, diesen ex post durchzusetzen. Ein rechtliches Verhältnis hat den Inhalt, zu gewährleisten, daß die daran Beteiligten gemäß ihren eigenen Entschlüssen existieren können. Dieses wird ihnen durch die Führerherrschaft genommen. Wie jede Herrschaft über Menschen ist Führerherrschaft unrechtmäßig; sie begründet ein einseitiges Verhältnis zwischen dem Führer und den Herrschaftsunterworfenen mit dem Inhalt, über diese ausschließlich Macht ausüben zu können.- Welche Handlungen aufgrund des Arbeitsverhältnisses geschuldet werden und welchen Umfang die Arbeitsleistungspflicht hat, hängt von der "Treuepflicht" ab, ist also ungewiß (vgl. § 15). Der Arbeitnehmer schuldet nicht der Gattung nach bestimmte Handlungen, sondern muß seine "Arbeitskraft" einsetzen (vgl. § 1). Diese auch heute noch vertretene Ansicht[33] ist verfehlt. Ein Arbeitnehmer ist kein durch den Arbeitgeber anzapfbarer Kraftspeicher, sondern ein handelnder Mensch. Der Arbeitgeber kann von ihm Dienste verlangen, die der Arbeitnehmer aufgrund eigener Entschlüsse erbringt oder nicht erbringt, über seine "Arbeitskraft" verfügen kann er nicht, der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet seine "Arbeitskraft" einzusetzen.- Der wahre Zweck der "Generalklausel" "Treuepflicht", nämlich der herrschaftlichen Auffassung vom Arbeitsverhältnis als "personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis" und dem nationalsozialistischen Führerprinzip (vgl. § 2 AOG) auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zum Durchbruch zu verhelfen, wird im Schrifttum durch deutschtümlerische Ausführungen verdeckt. So wird dargelegt[34], Vorbild der "Treuepflicht" sei die "Lehnstreue des deutschen Rechts", die "in dem allgemeinen Hingeben der Persönlichkeit an die Herrschaft des Lehnsherrn" bestehe.

---

33) Vgl. Schaub, a.a.O., § 45 VI 1 (165).

34) Mansfeld / Pohl / Steinmann / Krause, a.a.O., § 2, 3 d (115).

Für das Wohl eines anderen zu sorgen (vgl. § 19) kann nicht Inhalt einer schuldrechtlichen Leistungspflicht und damit nicht Verpflichtung eines Arbeitnehmers in dieser seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer sein[35]. Die sich nicht nur auf das "unmittelbar mit der Arbeitsleistung zusammenhängende Verhalten" beziehende Pflicht, "alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen des Unternehmers und des Betriebes zuwiderläuft" (vgl. § 19), stellt eine inhaltlich unbestimmte und unbeschränkte persönliche Gebundenheit des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber dar; in Zusammenhang mit der behaupteten "Gehorsamspflicht"[36] hat sie zur Folge, daß der Arbeitnehmer einer unbeschränkten Herrschaft des Arbeitgebers unterworfen ist.-

Die zur "Treuepflicht" gemachten Ausführungen gelten für die "Fürsorgepflicht" entsprechend. In der "Begründung"[37] wird ausgeführt, "dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines auf Treue und persönliche Verbundenheit gegründeten Gemeinschaftsverhältnisses" entspringe "sehr wesentlich eine umfassende Fürsorgepflicht des Unternehmers für die Gefolgschaftsmitglieder im Rahmen des Arbeitsverhältnisses. Die Bedeutung der Fürsorgepflicht" trete "ganz anders und auch wesensmäßig in anderer Weise als nach bisherigem Recht in den Vordergrund".- In der Literatur wird dargelegt, "die Fürsorgepflicht des Führeres des Betriebs" lasse sich "auf die ihm obliegende Treue, die 'Herrentreue' des alten deutschen Rechts zurückführen"[38]. "Wie im alten deutschen Treudienstvertrag der Mannentreue die Herrentreue gegenüber" stehe, "so" finde "im heutigen Arbeitsverhältnis die Treuepflicht des Arbeiters ihr sittliches Gegengewicht in der Fürsorgepflicht des Unternehmers"[39].- Die Existenz der behaupteten "umfassenden" "Fürsorgepflicht" würde voraussetzen, daß der Arbeitgeber dem

---

35) Vgl. dazu bereits oben (18 ff.).

36) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (54).

37) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938, - Begründung (78).

38) Kreller, ZAkDR 1938 (303).

39) Mansfeld / Pohl / Steinmann / Krause, a.a.O., § 2,2 d (109).

Arbeitnehmer gegenüber berechtigt ist, "umfassend" für dessen Wohl zu sorgen (vgl. § 68). Er müßte also berechtigt sein, "umfassend" Entscheidungen bezüglich der Person des Arbeitnehmers zu treffen, die nach dem Inhalt der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers nur dieser zu treffen berechtigt ist. Die behauptete "Fürsorgepflicht" begründet damit eine rechtlich nicht mögliche Bevormundung des Arbeitnehmers durch seinen Arbeitgeber.- Eine "umfassende" "Fürsorgepflicht" ist rechtlich nicht möglich, da ein Herrschaftsverhältnis gerade kein rechtliches Verhältnis ist. Ein Herrschaftsverhältnis ist das Verhältnis einer Person zu einem Gegenstand (bei dem es sich auch um einen Menschen handeln kann) mit dem Inhalt, über diesen Macht ausüben zu können. Ein Herrschaftsverhältnis unterscheidet sich von einem rechtlichen Verhältnis also u.a. dadurch, daß es kein Verhältnis zwischen Personen ist, sondern ein einseitiges Verhältnis einer Person zu einem Gegenstand. Ein rechtliches Verhältnis hat keine Herrschaft eines daran Beteiligten über den anderen zum Inhalt, denn Inhalt eines rechtlichen Verhältnisses ist es, zu gewährleisten, daß die daran Beteiligten gemäß ihrer eigenen Entschlüsse existieren können. Diese Möglichkeit wird einem der Herrschaft eines anderen Unterworfenen gerade genommen.[40]

Es läßt sich somit feststellen, daß der auf der Grundlage von § 2 Abs. 2 AOG unternommene Versuch, "umfassende" "Treue-" und "Fürsorgepflichten" im Entwurf von 1938 gesetzlich zu begründen, rechtlich nicht möglich war. Das bereits bestehende herrschaftliche Denken im Arbeitsrecht wurde durch diese Entwicklung fortgesetzt. Zu dem herrschaftlichen Denken trat die Einführung des nationalsozialistischen Führerprinzips, welches bewirkte, daß nun Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu Herrschaftsunterworfenen wurden.[41]

---

40) Vgl. zu den Ausführungen zum Herrschaftsverhältnis Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 1 B II c (37).

41) Vgl. dazu die näheren Ausführungen oben (28 f.).

IV. Der Entwurf von 1977:

§ 69: "Der Arbeitgeber hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann."

§ 77: "Der Arbeitnehmer hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann."

Der fünfte Unterabschnitt des zweiten Abschnitts des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission ist mit "Wahrung schutzwürdiger Interessen" überschrieben. Die ideologiebehafteten Bezeichnungen "Treue-" und "Fürsorgepflicht" werden im Entwurf nicht mehr verwandt[42]. Nach Schwerdtner[43] kann "kein ernstlicher Zweifel an der Existenz von wie auch immer zu bezeichnenden generalklauselartigen, über die im engeren Sinne verstandene Verbindlichkeit zur Arbeitsleistung hinausgehenden Verpflichtungen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber" bestehen. "Dies" werde "auch in § 77 des Entwurfes eines Arbeitsgesetzbuches anerkannt".-

---

42) Bedauert wird dieses von Hanau, ZRP 1979 (220), der den "schönen Begriff der Fürsorgepflicht wieder aufnehmen und auch die Treuepflicht beibehalten" will.

43) Schwerdtner, ZfA 1979 (15).

In den §§ 69 und 77 des Entwurfs wird der Versuch unternommen, in Form einer "Generalklausel" allgemeine "Interessenwahrungspflichten" zu begründen. Diese "Interessenwahrungspflichten" entsprechen den "umfassenden" "Treue-" und "Fürsorgepflichten" des Entwurfs von 1938. Die Worte "Interessen", "Belange", "Treu und Glauben" und "billigerweise" haben keinen juristischen Inhalt; es handelt sich dabei nicht um definierbare Begriffe, sondern um Leerwörter, mit denen nichts bezeichnet, nichts erkannt und nichts begründet werden kann. Erreichbar sind nur emotionale Effekte. Die genannten Leerwörter sind wie alle Leerwörter mit jeder subjektiven Meinung oder Absicht, jeder Ideologie und jeder politischen Herrschaftsintention verknüpfbar. Das Verfolgen eines Interesses, also einer durch einen Entschluß hergestellten Beziehung eines Menschen zum Eintreten oder Nichteintreten eines Erfolgs, kann rechtmäßig oder unrechtmäßig sein und erlaubt daher keinen Schluß auf das Bestehen eines Rechts. Ob die "Belange" jemandes berührt sind, ob etwas mit "Treu und Glauben" vereinbar ist und ob etwas "billigerweise verlangt" werden kann, steht im Belieben des Entscheidenden. Da Leerwörter keine allgemeinen begrifflichen Merkmale enthalten, bleibt es ihm überlassen, eine gesetzliche Regelung anzuwenden oder nicht.-

Die §§ 69 und 77 sind jeweils mit "Grundsatz" überschrieben. Diesen "Grundsätzen" versucht man einen Inhalt durch eine "Beschränkung auf betriebsbezogene Interessen des Arbeitgebers" und durch Berücksichtigung der "Interessen von Arbeitskollegen" zu geben[44]. Da die Beschränkung jedoch durch das subjektive Merkmal "Interesse" erfolgt, schlägt sie fehl;- die "Regelungen" der §§ 69, 70 des Entwurfs werden zu "alles beherrschenden Grundsätzen"[45]. Ein Grundsatz muß jedoch einen Inhalt haben, damit ist er notwendig inhaltlich

---

44) Vgl. dazu Mayer - Maly, ArbuR 1975 (232).

45) Vgl. dazu Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis (21 ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 5 D (290 ff.).

beschränkt und nur auf Sachverhalte anwendbar, auf die sich sein Inhalt bezieht. Bei den "Regelungen" der §§ 69 und 70 des Entwurfs handelt es sich lediglich um eine Anhäufung von Leerwörtern. Wird der Gesetzgeber diese "Bestimmungen" im zu schaffenden Arbeitsvertragsgesetz übernehmen, so werden sie dazu benutzt werden, um unabhängig vom Bestehen oder Nichtbebestehen eines rechtlichen Verhältnisses zum Vorteil oder Nachteil des einen oder anderen Beteiligten zu behaupten oder zu verneinen, daß eine Verpflichtung bestehe; richterliche Erkenntnis wird durch diese "Regelungen" nicht ermöglicht.[46)]

V. Der DGB-Entwurf:

§ 78[47)]: "Der Arbeitgeber hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner auf den Betrieb bezogenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs billigerweise verlangt werden kann. Dabei hat der Arbeitgeber insbesondere das aus der Leistung abhängiger Arbeit sich ergebende besondere Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers zu beachten."

---

46) Für die Beibehaltung der "Generalklauseln" "Treue-" und "Fürsorgepflicht" spricht sich die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände in ihrer Stellungnahme zum Entwurf (26) aus. "Die Entwicklung des Arbeitsrechts zu einer sozialen, in Rechten und Pflichten ausgewogenen Ordnung" sei "entscheidend durch die flexible, unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Arbeitsvertrages und der Verkehrsanschauung getroffene Inhaltsbestimmung der Fürsorge- und Treuepflicht beeinflußt worden. Der perfektionistische Ansatz des Entwurfes, alle Nebenpflichten bis in abstrakte Details zu regeln" stehe "dieser bewährten Entwicklung entgegen".- Auch aus diesen Ausführungen läßt sich ersehen, daß der Richter als "der eigentliche Herr des Arbeitsrechts" angesehen wird; vgl. dazu oben (5 ff.).

47) = § 77 in der Fassung RdA 1977 (173).

§ 87[48]: "Der Arbeitgeber hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs billigerweise verlangt werden kann."

Der DGB-Entwurf vermeidet wie der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission die ideologiebehafteten Formulierungen "Treue-" und "Fürsorgepflicht". Stattdessen enthält er ebenfalls "generalklauselartige" "Interessenwahrungspflichten" (§§ 78, 87). Auch dabei handelt es sich wie bei den entsprechenden "Regelungen" des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission um Leerformeln. Daß der DGB-Entwurf in den §§ 78, 87 auf die Verwendung des Terminus "Treu und Glauben" verzichtet, ändert daran nichts. Auf die oben zum Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission erfolgten Ausführungen kann deshalb verwiesen werden, sie gelten auch für den DGB-Entwurf.

Nach § 78 S. 2 "hat der Arbeitgeber ... das aus der Leistung abhängiger Arbeit sich ergebende besondere Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers zu beachten"[49].- Das Merkmal "besonderes Schutzbedürfnis" ist inhaltlich unbestimmt. Mit dem Wort "Schutz" wird kein rechtliches Verhältnis, sondern ein Verhältnis der Schutzherrschaft, also ein Herrschaftsverhältnis ausgedrückt. Der Arbeitnehmer ist am Arbeitsverhältnis als Person und nicht als "Objekt" beteiligt, somit kann er auch kein "Schutzobjekt" darstellen[50]. Ein Arbeitsverhältnis ist ein Dauerdienstverhältnis, es kann als solches nicht den Inhalt haben, den Arbeitnehmer zu "schützen". Ein rechtliches Gesetz, welches dergestalt auf Arbeitsverhältnisse

---

48) = § 86 in der Fassung RdA 1977 (174).

49) = § 77 S. 2 in der Fassung RdA 1977 (173).

50) Vgl. Ernst Wolf, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (719).

wirkt, daß diese den Inhalt erhalten, den Arbeitnehmer vor dem Arbeitgeber zu "schützen", wäre widersinnig. Ein Arbeitsverhältnis ist durch die im Begriff Dauerdienstverhältnis enthaltenen Merkmale, durch vertragliche Vereinbarungen, gesetzliche Regelungen sowie durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen inhaltlich bestimmt. Ein Merkmal "Schutzbedürfnis" ist daneben nicht möglich, weil durch ein derartiges Merkmal die im Arbeitsverhältnis enthaltenen Sachmerkmale verneint würden. In einem Prozeß käme es nicht mehr auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses an, sondern allein auf das, was dem vermeintlichen "Schutzbedürfnis" des Arbeitnehmers entspräche. Dieses könnte vom Richter in Ermangelung objektiver Merkmale nur für den Einzelfall autoritär entschieden werden; der Richter wird damit als totalitärer "Herr des Arbeitsrechts" gesetzt.[51] Statt das Arbeitsverhältnis zu erkennen, übt er über die Arbeitnehmer eine Schutzherrschaft aus.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bis auf den Entwurf von 1923 in allen Entwürfen der Versuch unternommen worden ist, "umfassende" "Generalklauseln" aufzunehmen, die "Treue-", "Fürsorge-" oder "Interessenwahrungspflichten" genannt werden. Ungeachtet der unterschiedlichen Formulierungen handelt es sich jeweils um Leerformeln, die keine objektiven Merkmale aufweisen. Während die "Generalklauseln" des Entwurfs von 1938 dem "nationalsozialistischen Rechtswollen"[52] zum Durchbruch verhelfen sollten, sollen sie heute "die dominierende Stellung des Richters ... bestätigen"[53]. Durch die Verwendung derartiger Leerwörter wird der Rechtsstaat vernichtet und ein absoluter Herrschaftsstaat der "Richter", ein "Richterstaat", begründet. Ein Rechtsstaat ist ein Staat, in dem ver-

---

51) Vgl. auch Ernst Wolf, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (719 ff.).

52) Vgl. Kreller, ZAkDR 1938 (302).

53) Dieterich, RdA 1978 (334).

fassungsmäßig Gewaltenteilung und Gebundenheit aller staatlichen Stellen an Gesetz und Recht bestehen, ein Rechtsstaat ist also notwendig ein Gesetzesstaat. Die "Generalklauseln" "Treue-", "Fürsorge-" und "Interessenwahrungspflicht" machen es unmöglich, in einem arbeitsgerichtlichen Prozeß ein durch Klageerhebung bestimmtes streitiges rechtliches Verhältnis zu erkennen und das Erkannte zu verkünden; Richten ist damit ausgeschlossen. Das Wort Rechtsstaat wird dann nur noch als Leerwort oder als Tarnwort für eine Unrechtsherrschaft verwandt, die Richter werden damit zu einem herrschenden Verband.

## § 7 Die Beschäftigungspflicht

### I. Einleitung

Es soll untersucht werden, welche Regelungen in den Entwürfen zu einem Arbeitsvertragsgesetz bezüglich einer allgemeinen gesetzlichen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers getroffen worden sind. Da umstritten ist, ob de lege lata bereits eine allgemeine Beschäftigungspflicht existiert, ist diese Frage einleitend zu erörtern.

Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts[1] wird weitgehend die Existenz einer allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers angenommen[2]. Hanau begründet diese damit, daß "die Arbeit von dem Arbeitnehmer nicht nur als Last, sondern auch als Zeitvertreib, Kontaktmöglichkeit, Aufstiegschance oder Selbstbestätigung empfunden werden" könne[3]. Schwerdtner[4] leitet den "im Grundsatz unbestrittenen Beschäftigungsanspruch aus einer auf den Persönlichkeitsschutz bezogenen Fürsorgepflicht ab".- Die Tatsache, daß ein Arbeitnehmer die Arbeit in bestimmter Weise "empfindet", vermag das Entstehen einer Beschäftigungspflicht nicht zu bewirken. Da - wie oben bereits dargelegt[5] - eine "Generalklausel" "Fürsorgepflicht" nicht existiert, vermag sie ebenfalls das Entstehen einer Beschäftigungspflicht nicht zu bedingen.- Das Bundesarbeitsgericht führt aus[6], "die Achtung und Anerkennung des Arbeitnehmers als Mensch" beruhe "nicht

---

1) Vgl. BAG in AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; diese Entscheidung wird allgemein als "grundlegend" bezeichnet, siehe z.B. Schaub, a.a.O., § 110 II 1 (533).

2) Vgl. z.B. Zöllner, Arbeitsrecht, § 16 II 1 (128).

3) So Hanau in Hanau / Adomeit, a.a.O., G IX 1 (156).

4) Schwerdtner, ZfA 1979 (22); vgl. auch Adomeit in Hanau / Adomeit, a.a.O., B II 1 (36).

5) Vgl. oben (60 f.).

6) BAG in AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht (Bl. 119).

nur auf dem wirtschaftlichen Wert seiner Leistung (die Höhe des Gehaltes), sondern weitgehend darin, wie er die ihm obliegenden Aufgaben" erfülle. "Gerade das" gebe "ihm im Bereich des Arbeitslebens maßgeblich seine Würde als Mensch. Deshalb" müsse der Arbeitgeber nicht bloß auf Grund seiner Treuepflicht, sondern vor allem auch auf Grund der jedermann aus Art. 1 und 2 GG obliegenden Verpflichtung alles unterlassen, was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen" könne.- Der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts, daß Art. 1 und 2 GG eine "jedermann ... obliegende Verpflichtung" begründen, kann nicht gefolgt werden, weil es die damit behauptete "Drittwirkung der Grundrechte" nicht gibt[7)].

Eine Beschäftigungspflicht existiert nur, wenn ein entsprechender Entstehungstatbestand vorliegt; ohne Entstehungstatbestand existiert sie nicht. Dieser Entstehungstatbestand kann ein rechtsgeschäftlicher oder ein gesetzlicher Tatbestand sein. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich dahingehend geeinigt, daß der Arbeitgeber verpflichtet sein soll, den Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen, so existiert die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers und ein ihr inhaltlich entsprechender Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers aufgrund dieser vertraglichen Abrede. Eine dahingehende Einigung braucht selbstverständlich nicht ausdrücklich, sie kann auch konkludent erfolgen. Ein weiterer möglicher Entstehungstatbestand für eine Beschäftigungspflicht ist ein entsprechender gesetzlicher Tatbestand. Es wird vertreten, § 102 Abs. 5 BetrVerfG sei ein derartiger Tatbestand[8)]. § 102 Abs. 5 BetrVerfG ist jedoch nicht Entstehungstatbestand eines Anspruchs auf tatsächliche Beschäftigung, vielmehr wird auf-

---

7) Zur "Drittwirkung der Grundrechte" vgl. bereits oben (35 f.) m.w.N.

8) So u.a. Schwerdtner, ZfA 1979 (22); vgl. auch Böhm, BB 1974 (1641 ff.; 1646).

grund dieser Regelung - liegen die Voraussetzungen vor - im Fall der Wirksamkeit der Kündigung kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis mit dem Inhalt des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses begründet[9]; d.h. ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung besteht nur, wenn und soweit ein solcher auch aufgrund des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses bestanden hat.- Ein gesetzlicher Tatbestand, der eine allgemeine Beschäftigungspflicht begründet, ist de lege lata nicht ersichtlich.

II. Der Entwurf von 1923:

§ 46: "(1) Der Arbeitgeber ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu beschäftigen, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat. Das gilt namentlich, wenn die Nichtbeschäftigung geeignet ist, die Entwicklung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in erheblichem Maße zu beeinträchtigen oder sein Fortkommen wesentlich zu erschweren.

(2) Die Verpflichtung entfällt, auch wenn sie vereinbart ist, soweit der Arbeitgeber einen wichtigen Grund hat, die Beschäftigung abzulehnen.

(3) Im Falle der Verurteilung zur Beschäftigung findet § 888 Absatz 1 der Zivilprozeßordnung keine Anwendung.

(4) Auf die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schadensersatz finden die §§ 842 bis 847 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung."

In der "Denkschrift"[10] wird ausgeführt, "nach geltendem Rechte" habe "der Arbeitnehmer wohl die Pflicht zur Arbeitsleistung,

---

9) Hansjörg Weber, BB 1974 (698 ff.); vgl. auch Lepke, DB 1975 (498 ff., 503); siehe ferner oben (40 f.).

10) "Denkschrift" (17) unter "I. Beschäftigung".

nicht aber, wenigstens in der Regel nicht, den Anspruch darauf. Dieser" könne "natürlich vereinbart sein. In besonderen Fällen, namentlich bei Bühnenkünstlern", habe "die Rechtsprechung das Recht auf Beschäftigung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung anerkannt". "Da die tatsächliche Ausübung vereinbarter Tätigkeit auch für andere Arbeitnehmer von wachsender Bedeutung" sei "(eine Folge der zunehmenden Spezialisierung und der raschen Veränderungen in Technik, Wissenschaft und Organisation), so" gebe "der Entwurf in § 46 allen Arbeitnehmern den Anspruch, angemessen, dem Vertragsinhalte entsprechend, beschäftigt zu werden, wenn sie ein besonderes Interesse daran" hätten. "Der Hinweis auf Entwicklung der Leistung und Erschwerung des Fortkommens" solle "nur beispielsmäßig das Interesse verdeutlichen. Umgekehrt" scheine "es notwendig, dem Arbeitgeber allgemein den Einwand wichtigen Betriebsgrundes, auch gegen vereinbarten Beschäftigungsanspruch zu geben, weil ihm nicht zugemutet werden" könne, "durch Tätigkeit des Angestellten den Betrieb schädigen zu lassen". Ständen "wichtige Gründe und Interessen gegeneinander, so" sei "es Sache des Arbeitsgerichtes, zwischen ihnen abzuwägen".-

Mit § 46 des Entwurfs sollte eine allgemeine gesetzliche Beschäftigungspflicht begründet werden. Dieses stellt in der Arbeitsrechtwissenschaft der damaligen Zeit eine Neuerung dar; das Bestehen einer Beschäftigungspflicht wurde bisher überwiegend nur aufgrund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung anerkannt[11]. Entscheidend für das Bestehen der Beschäftigungspflicht nach § 46 des Entwurfs soll das "besondere Interesse" des Arbeitnehmers an der Beschäftigung sein. Hueck[12] führt aus, "die Grenzen, die" § 46 "für die Existenz der Beschäftigungspflicht" vor-

---

11) Vgl. Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (144 f.); Vallbracht, a.a.O. (90 f.).

12) Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (145).

sehe, seien "keine scharfen, die Entscheidung" hänge "in weitem Umfang vom Ermessen des Richters ab. Das" sei "aber bei der Verschiedenartigkeit der einzelnen Arbeitsverhältnisse gar nicht anders möglich. Es" handele "sich eben um eine Abwägung der beiderseitigen Interessen, und wenn das Gesetz nicht einseitig die Interessen der einen Partei in den Vordergrund stellen" wolle, "so" könne "es nur Richtlinien für diese Interessenabwägung aufstellen und im übrigen der Praxis einen genügend freien Spielraum geben. Sache der Praxis" sei "es, die richtigen Grundsätze des Entwurfs im einzelnen entsprechend anzuwenden und auszugestalten".-

Durch die Verwendung der Worte "besonderes Interesse" (§ 46 Abs. 1 S. 1) und "wichtiger Grund" (§ 46 Abs. 2) wird auf eine begriffliche Fassung des § 46 verzichtet; die Regelung soll vielmehr Grundlage für eine "Interessenabwägung" sein. Das Verfolgen eines Interesses kann rechtmäßig oder rechtswidrig sein, es erlaubt daher keinen Schluß auf das Bestehen eines Rechts (hier: eines Beschäftigungsanspruchs)[13]. Die Entscheidung, ob ein "wichtiger Grund" vorliegt, der einen Erlöschensgrund für eine bestehende Beschäftigungspflicht darstellt (§ 46 Abs. 2), liegt - wie auch eingeräumt wird - letztlich im "Ermessen" (oder besser: Belieben) des Richters; eine Erkenntnis des Richters ist nicht möglich. Die betreffenden Regelungen sind daher wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit nicht anwendbar[14]. Eine "Interessenabwägung" ist keine juristische Erkenntnismethode, sondern eine Methode der Politik[15]. Zu den Obliegenheiten eines Richters in einem Rechtsstaat gehört es jedoch nicht, sich in seiner Eigenschaft als Richter politisch zu betätigen[16]; ihm obliegt es vielmehr,

---

13) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, SAE 1973 (14).

14) Vgl. dazu auch Bickel, SAE 1974 (20).

15) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, SAE 1975 (133); ders., Recht und Gesellschaft 1973 (16 f.).

16) Anderer Ansicht wohl Gamillscheg, AcP 176 (208), der von der "Figur des politischen Richters" spricht, die uns inzwischen beschert worden sei; vgl. dazu auch oben (61).

methodisch beweisbar zu einer Rechtserkenntnis zu gelangen.-

Bei dem Wort "ausdrücklich" in § 46 Abs. 1 S. 1 handelt es sich um ein Redaktionsversehen, es ist ersatzlos zu streichen[17].-

Aufgrund der Regelung des § 46 Abs. 3 sollte der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nicht vollstreckbar sein. Letztlich wäre der Arbeitnehmer auf einen Schadenersatzanspruch verwiesen worden[18].

Die in § 46 Abs. 4 getroffene Verweisung auf die §§ 842 bis 847 BGB bewirkt, daß der Arbeitnehmer aufgrund der entsprechenden Anwendung des § 842 BGB Ersatz des Schadens erhält, den er dadurch erleidet, daß er in seinem beruflichen Fortkommen durch die erfolgte Nichtbeschäftigung gehemmt ist. Wird sein berufliches Fortkommen auf Dauer eingeschränkt, so ist ihm nach § 843 BGB (entsprechend) eine Geldrente zu leisten. Über die entsprechende Anwendung des § 847 BGB ist ihm auch für den Nichtvermögensschaden (z.B. für die Ehrkränkung), der ihm durch die rechtswidrige Nichtbeschäftigung entstanden ist, eine Entschädigung zu leisten. Die Verweisung auf die §§ 844 bis 846 BGB ist allerdings nicht verständlich, ihre entsprechende Anwendung ist gegenstandslos; auch die "Denkschrift"[19] gibt darüber keinen näheren Aufschluß.

III. Der Entwurf von 1938:

§ 67: "(1) Der Unternehmer hat den Gefolgsmann auf sein Verlangen seiner Stellung entsprechend zu beschäftigen, auch wenn die Beschäftigungspflicht nicht besonders vereinbart ist.

(2) Ist die Beschäftigung dem Unternehmer nicht zuzumuten, so kann er sie ablehnen, auch wenn sie vereinbart

---

17) Vgl. dazu auch Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (145), insbesondere Fußn. 20.

18) Siehe Vallbracht, a.a.O. (92).

19) Siehe "Denkschrift" (17) unter "I. Beschäftigung".

ist. Dies gilt besonders, wenn nach der pflichtmäßigen Entscheidung des Unternehmers die Beschäftigung unwirtschaftlich sein oder die Zusammenarbeit in der Betriebsgemeinschaft gefährden würde.

(3) Erfüllt der Unternehmer diese Verpflichtung nicht, so gilt außer den allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz der § 842 BGB. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nicht im voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden."

In der "Begründung"[20] zum Entwurf wird ausgeführt, "nach heutiger Auffassung" sei "die Arbeit sittliche Pflicht gegenüber Volk und Staat. Der Unternehmer" dürfe "den Gefolgsmann nicht willkürlich an der Erfüllung dieser Pflicht hindern. Deshalb" gewähre "§ 67 Abs. 1 grundsätzlich einen Anspruch auf Beschäftigung, und zwar auch ohne besondere Vereinbarung. Aber ein solcher Anspruch" könne "nicht ganz unbeschränkt anerkannt werden, vielmehr" müsse "auch das Interesse des Unternehmers berücksichtigt werden. Unproduktive Arbeit" sei "auch im Interesse der Volkswirtschaft abzulehnen, sie" sei "keine Erfüllung einer sittlichen Pflicht. Deshalb" gewähre "§ 67 Abs. 2 dem Unternehmer das Recht, die Beschäftigung abzulehnen, wenn sie nicht zumutbar" sei, "und zwar auch für den Fall, daß die Beschäftigungspflicht ausdrücklich vereinbart" worden sei. "§ 67 Abs. 2 Satz 2" hebe "beispielsweise zwei wichtige Fälle hervor, in denen die Beschäftigung nicht zumutbar" sei.-

Aufgrund der "Generalklausel" des § 2 Abs. 2 AOG wird zur Zeit des Entwurfs von 1938 allgemein eine gesetzliche Beschäftigungspflicht behauptet[21]. Dietz[22] führt in seiner Kommentierung zu § 2 Abs. 2 AOG aus, "die Arbeit im Betriebe" sei "Dienst an Volk und Staat". "Es" könne "nicht

---

20) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (78).

21) Dietz in Hueck / Nipperdey / Dietz, a.a.O., § 2 Rdn. 18 (61 f.).

22) Dietz in Hueck / Nipperdey / Dietz, a.a.O., § 2 Rdn. 18 (61 f.).

im Belieben des Unternehmers stehen, ob er einen Gefolgschaftsangehörigen beschäftigen und ihm die Möglichkeit der Erfüllung dieser Ehrenpflicht geben" wolle.- Die Arbeitsleistungspflicht wird, wie dies auch in der "Begründung" geschieht, durchgehend als "sittliche Pflicht" bezeichnet[23]; von dieser "sittlichen Pflicht" wird auf die Existenz einer Beschäftigungspflicht geschlossen. Rechte sittlich zu begründen oder von Sittlichkeit auf Rechtmäßigkeit zu schließen ist jedoch nicht möglich[24]. Während ein rechtliches Verhältnis und die durch dieses bedingte Rechtmäßigkeit bzw. Unrechtmäßigkeit eines Verhaltens wissenschaftlich erkennbar sind, ist dieses bei Sittlichkeit und Unsittlichkeit nicht der Fall. Der Grund dafür liegt darin, daß es keine objektiven sittlichen Entscheidungen gibt, vielmehr jeder Mensch nur für sich selbst sittliche Entscheidungen treffen kann. Bei einem sittlichen Verhältnis handelt es sich um ein metaphysisches Wertverhältnis[25]; wird der Versuch unternommen, die Existenz rechtlicher Verhältnisse durch "sittliche Pflichten" zu begründen, so wird rechtswissenschaftliches Erkennen durch falsche Metaphysik und falsches Moralisieren ersetzt.-

Voraussetzung für den in § 67 Abs. 2 S. 1 vorgesehenen Erlöschensgrund der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers soll die Tatsache sein, daß "die Beschäftigung dem Unternehmer nicht zuzumuten" ist. Eine "Zumutung" und damit auch eine "Zumutbarkeit" kann rechtmäßig oder unrechtmäßig sein[26]. Folglich kann "Zumutbarkeit" keinen Grund der Rechtmäßigkeit für die Ablehnung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers enthalten. Auch die Regelung des § 67 Abs. 2 soll - wie sich aus der "Begründung" ergibt - Grundlage einer mit rechtswissenschaftlichem Erkennen unvereinbaren "Interessenabwägung" sein.-

---

23) Siehe z.B. Hueck, ZAkDR 1938 (300).

24) Siehe dazu Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 1 B I c (33 ff.).

25) Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 1 B I a (25).

26) Ernst Wolf, SAE 1973 (14).

Der Anspruch auf Beschäftigung ist gemäß der "Begründung" einklagbar[27]. Kommt der Arbeitgeber seiner Beschäftigungspflicht rechtswidrig nicht nach, macht er sich schadenersatzpflichtig (vgl. § 63 Abs. 3). Aufgrund der Verweisung auf § 842 BGB ist dem Arbeitnehmer der Schaden zu ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er in seinem beruflichen Fortkommen infolge der rechtswidrigen Nichtbeschäftigung gehemmt ist. Eine Ersatzpflicht eines immateriellen Schadens - wie sie noch im Entwurf von 1923 vorgesehen war - wird nach § 67 Abs. 3 des Entwurfs von 1938 nicht begründet.-

Gemäß § 104 II Ziff. 1 stellt die "wiederholte oder anhaltende Verletzung der Beschäftigungspflicht" für den Arbeitnehmer einen "wichtigen Grund" zur außerordentlichen Kündigung dar. Nach § 65 Abs. 2 S. 2 hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Vorschuß für Aufwendungen, die zur Ausführung der Arbeitsleistung erforderlich sind, soweit ihm ein Beschäftigungsanspruch zusteht.- Damit kann festgestellt werden, daß die Regelungen bezüglich der Beschäftigungspflicht im Entwurf von 1938 über die Bestimmungen des Entwurfs von 1923 hinausgehen; der Beschäftigungsanspruch ist einklagbar, die "wiederholte oder anhaltende" rechtswidrige Nichtbeschäftigung berechtigt den Arbeitnehmer zur außerordentlichen Kündigung. Der Grund für diese Regelung ist z.T. im nationalsozialistischen "Gemeinschaftsdenken" zu sehen. Die Erbringung der Arbeitsleistung ist danach nicht nur Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistungspflicht, sondern zugleich "Dienst an Volk und Staat". Ob Arbeitsleistungen erbracht werden, soll nicht im Belieben des Arbeitgebers stehen. Der Arbeitgeber ist aufgrund der Regelungen des AOG selbst Herrschaftsunterworfener, er hat in erster Linie "dem Ganzen" zu dienen.

---

27) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (79); siehe auch Dietz in Hueck / Nipperdey / Dietz, a.a.O., § 2 Rdn. 18 (62).

IV. Der Entwurf von 1977:

§ 29: "(Anspruch auf Beschäftigung)
(1) Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber verlangen, ihn im Rahmen seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung zu beschäftigen, es sei denn, die Beschäftigung ist dem Arbeitgeber aus dringenden betrieblichen Gründen oder aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen nicht zumutbar. Die Verpflichtung des Arbeitgebers richtet sich nach § 52.
(2) Hat der Arbeitgeber seine Verpflichtung zur Beschäftigung schuldhaft verletzt, so ist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zum Schadensersatz verpflichtet. Die Verpflichtung zum Schadensersatz erstreckt sich auf Nachteile, welche die Nichtbeschäftigung für das Fortkommen des Arbeitnehmers herbeiführt."

Durch § 29 des Entwurfs soll (wie dieses in den Entwürfen von 1923 und 1938 ebenfalls vorgesehen war) eine gesetzliche Beschäftigungspflicht begründet werden. In der "Diskussionsgrundlage" war für den entsprechenden § 30[28] die "amtliche Überschrift" "Beschäftigungspflicht" vorgesehen. Diese ist von dem zuständigen Ausschuß in "Anspruch auf Beschäftigung" abgeändert worden. Damit wird hervorgehoben, daß es sich bei dem in § 29 vorgesehenen Beschäftigungsanspruch um ein einklagbares Recht des Arbeitnehmers handelt.- Die grundsätzlich bestehende Beschäftigungspflicht soll dann erlöschen, wenn die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber "nicht zumutbar" ist. Diese bereits im Entwurf von 1938 vorgesehene "Zumutbarkeitsprüfung" ist verfehlt[29], es kann insoweit auf die Ausführungen zum Entwurf von 1938 verwiesen werden. Die Gründe, die

---

28) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht (51).

29) Ablehnend zu der "Zumutbarkeitsprüfung" auch die Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (18).

dem Arbeitgeber die Beschäftigung "nicht zumutbar" machen, werden als betriebs-, personen- und verhaltensbedingte Gründe bezeichnet. Die Parallelität zu der Regelung des § 1 Abs. 2 KSchG läßt darauf schließen, daß ein Beschäftigungsanspruch nicht bestehen soll, wenn der Arbeitgeber aufgrund der Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes zur Kündigung berechtigt ist.-

§ 29 Abs. 2 begründet eine Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers, der seinen Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft nicht beschäftigt. Eine Verweisung auf Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere auf § 842 BGB, erfolgt nicht; die erforderliche Regelung wird in § 29 Abs. 2 S. 2 getroffen. Eine Ersatzpflicht bezüglich eines Nichtvermögensschadens wird durch § 29 Abs. 2 nicht begründet. In der "Diskussionsgrundlage" des Entwurfs[30] war im entsprechenden § 30 Abs. 2 S. 2 eine Verweisung auf die §§ 842 und 847 Abs. 1 BGB vorgesehen. Diese Verweisung ist aufgrund des Beschlusses des zuständigen Ausschusses nicht übernommen worde. Abgesehen von der Frage, ob eine Ersatzpflicht eines Nichtvermögensschadens in den hier in Betracht kommenden Fällen erforderlich ist, macht die Vermeidung einer Verweisung auf Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs etwas Grundsätzliches deutlich. Die Arbeitsgesetzbuchkommission hat sich - anders als der 1919 gebildete Arbeitsrechtsausschuß - bemüht, eine Kodifikation, also eine abschließende Regelung eines Rechtsgebietes zu schaffen; in diesem Bemühen vermeidet die Kommission Verweisungen auf das Bürgerliche Gesetzbuch. Da es sich bei dem Arbeitsverhältnis jedoch - wie bereits ausgeführt[31] - um ein Schuldverhältnis handelt, kann die Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht ausgeschlossen werden, was insbesondere für die Regelungen des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts gilt. Insofern ist im Zu-

---

30) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht (51).

31) Vgl. dazu oben (19 ff.).

sammenhang mit der Schaffung eines Arbeitsgesetzbuchs die Verwendung des Terminus "Kodifikation" verfehlt.

V. Der DGB-Entwurf:

§ 36[32]: "(Anspruch auf Beschäftigung)

(1) Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber verlangen, ihn im Rahmen seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung zu beschäftigen, es sei denn, die Beschäftigung ist dem Arbeitgeber aus zwingenden betrieblichen Gründen oder aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen nicht zumutbar. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entrichtung des Arbeitsentgelts richtet sich nach § 58.

(2) Hat der Arbeitgeber seine Verpflichtung zur Beschäftigung des Arbeitnehmers schuldhaft verletzt, so ist der Arbeitgeber unabhängig von der Verpflichtung zur Entrichtung des Arbeitsentgelts dem Arbeitnehmer zum Schadenersatz verpflichtet. Die Verpflichtung zum Schadenersatz erstreckt sich auf die Nachteile, welche die Nichtbeschäftigung für das Fortkommen des Arbeitnehmers herbeigeführt hat. § 847 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch findet entsprechende Anwendung."

Übereinstimmend mit den anderen Entwürfen ist im DGB-Entwurf die Begründung einer gesetzlichen Beschäftigungspflicht vorgesehen. Abweichend vom Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission ist aufgrund der Regelung des § 36 Abs. 2 S. 3 auch eine Ersatzpflicht eines durch die Nichtbeschäftigung verursachten Nichtvermögensschadens vorgesehen, § 36 des DGB-Entwurfs stimmt insoweit mit der entsprechenden Regelung des Entwurfs von 1923 überein. Weitere sachliche Besonderheiten weist die Regelung des DGB-Entwurfs gegenüber der des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommssion nicht auf, es kann deshalb auf die oben erfolgten Ausführungen verwiesen werden.

---

32) = § 35 in der Fassung RdA 1977 (170).

Gemeinsam ist allen Entwürfen, daß sie die Begründung einer gesetzlichen Beschäftigungspflicht vorsehen. In den die Beschäftigungspflicht regelnden Bestimmungen der Entwürfe von 1923 und 1938 fehlen begriffliche Merkmale, die bewirken, daß die aufgrund des gesetzlichen Tatbestands entstandene Beschäftigungspflicht erlischt bzw. daß die Beschäftigungspflicht aufgrund eines Ausschlußtatbestands nicht entsteht. Nach den neueren Entwürfen soll der Beschäftigungsanspruch dann nicht bestehen, wenn der Arbeitgeber nach den Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes zur Kündigung berechtigt ist. Allen in den Entwürfen vorgesehenen Bestimmungen ist jedoch gemeinsam, daß sie Grundlage für eine vom Richter vorzunehmende "Interessen-" bzw. "Zumutbarkeitsprüfung" sein sollen, wie sich aus den verwendeten Formulierungen "besonderes Interesse", "nicht zuzumuten" und "zumutbar" ergibt[33].- Die angebliche Erforderlichkeit einer "Interessenabwägung" wurde - wie ausgeführt - schon sehr früh von Hueck[34] damit begründet, daß dieses "bei der Verschiedenartigkeit der einzelnen Arbeitsverhältnisse gar nicht anders möglich" sei. Der Gesetzgeber sollte deshalb bei der Verabschiedung eines Arbeitsgesetzbuchs prüfen, ob die Begründung einer allgemeinen,

---

33) Vgl. dazu auch die Ausführungen des LAG Berlin in AP Nr. 6 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht (Bl. 978): "Wann die Beschäftigungspflicht entfällt, läßt sich für den Einzelfall mit absoluter Bestimmtheit nicht sagen. Ganz allgemein besteht die Verpflichtung zur Beschäftigung dann nicht, wenn der Beschäftigung ein wichtiger Grund entgegensteht, wenn die Erfüllung der Beschäftigungspflicht dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann. So sah auch schon § 46 Abs. 2 des Entwurfes eines Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 vor, daß dem Arbeitnehmer der Beschäftigungsanspruch versagt bleiben sollte, wenn der Arbeitgeber einen wichtigen Grund zur Ablehnung der Arbeitsleistung hat." - Mit seinen Ausführungen räumt das LAG Berlin ein, daß es sich bei der vom Gericht vorzunehmenden "Interessen-" bzw. "Zumutbarkeitsabwägung" um eine Willkürentscheidung handelt.

34) Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (145).

für alle Arbeitnehmer geltenden gesetzlichen Beschäftigungspflicht tatsächlich erforderlich ist. Eine eingehende Prüfung dieser Frage wird m.E. ergeben, daß die Regelung der Arbeitsentgeltfortzahlung im Fall des Annahmeverzugs des Arbeitgebers (vgl. § 615 BGB) durchaus ausreichend und eine darüber hinausgehende Beschäftigungspflicht nicht erforderlich ist. Notwendig ist eine Beschäftigungspflicht allerdings in den Fällen, in denen das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers nur durch tatsächliche Erbringung der Arbeitsleistung gesichert ist[35]; vielfach wird in diesen Fällen jedoch das Entstehen einer Beschäftigungspflicht bereits aufgrund einer zumindest stillschweigenden Abrede erfolgen. Der in das zu schaffende Arbeitsvertragsgesetz aufzunehmende Tatbestand könnte deshalb lauten: Ist die Erbringung der Arbeitsleistung für das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers erforderlich oder ist der Arbeitnehmer in dem von ihm aufgrund des Arbeitsverhältnisses ausgeübten Beruf auf Dauer nur leistungsfähig, wenn die geschuldeten Handlungen von ihm auch erbracht werden, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer zu beschäftigen, wenn dieser es verlangt.- Die in Zusammenhang mit dieser Bestimmung zu schaffenden Ausschlußtatbestände bzw. Erlöschensgründe sollten begriffliche Merkmale aufweisen. So könnte beispielsweise u.a. folgender Tatbestand übernommen werden: Die Beschäftigungspflicht entsteht nicht bzw. erlischt, wenn der Arbeitgeber berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis zu kündigen und die Kündigung erklärt hat.- Dieser Tatbestand würde bewirken, daß der Arbeitgeber in der Zeit zwischen Kündigungserklärung und Wirksamwerden der Kündigung den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen brauchte.-

Die aufschlußreiche "Entstehungsgeschichte" der vermeintlichen allgemeinen Beschäftigungspflicht ist von Hansjörg Weber zutreffend dargelegt worden[36]. Er führt u.a.

---

35) Vgl. dazu die insoweit übereinstimmende Ansicht des LAG Berlin in AP Nr. 6 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht (Bl. 977).

36) Hansjörg Weber, Anmerkung zu BAG in AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

aus, daß "erst unter der Herrschaft des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 30.1.1934 ... ein allen Arbeitnehmern zustehender Beschäftigungsanspruch weitgehende Anerkennung" "fand". "Nach dem Ende des 2. Weltkrieges" sei "überwiegend der entgegengesetzte Standpunkt vertreten" worden. "Dem BAG" sei es vorbehalten geblieben, "unter Berufung darauf, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis sei, eine Beschäftigungspflicht wieder grundsätzlich zu bejahen".- Der zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Frage, "ob es einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im Arbeitsverhältnis gibt", unter ausdrücklicher Berufung auf diese Ausführungen dem Großen Senat zur Beantwortung vorgelegt[37]. Damit wird der Große Senat in absehbarer Zeit zu dieser Frage Stellung nehmen.

---

37) Vgl. Hansjörg Weber, Anmerkung zu BAG SAE 1979 (189 ff.; 194).

## § 8 Die Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht aufgrund gesetzlicher Tatbestände

### I. Einleitung

In den einzelnen Entwürfen ist der Versuch unternommen worden, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die in Ausnahmefällen eine Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht bedingen; diese Regelungen sollen Gegenstand der Untersuchung sein.-

Art und Umfang der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistungen werden - von den Ausnahmefällen abgesehen, in denen ein Arbeitsverhältnis aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands begründet wird - durch den Inhalt des Arbeitsvertrags bestimmt, welcher das Entstehen eines ihm inhaltlich entsprechenden Arbeitsverhältnisses bedingt, durch gesetzliche Bestimmung sowie kraft Gesetzes (§ 4 Abs. 1 S. 1 TVG, § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVerfG) durch die "normativen" Regelungen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen[1], wenn diese einen entsprechenden Inhalt haben. Ein Beispiel für eine gesetzliche Regelung, die, liegen ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vor, den vereinbarten Umfang der Arbeitsleistungspflicht ändert, ist § 3 AZO. Diese privatrechtliche Unwirksamkeitsregelung[2] bedingt die Unwirksamkeit des sich auf die Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit bezie-

---

1) Zur gesetzlichen Theorie der unmittelbaren Änderung von Arbeitsverhältnissen aufgrund von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen vgl. Bickel, ZfA 1971 (193 ff.); ders., SAE 1978 (300).

2) Vgl. dazu Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 10 C II d (356), Fußn. 44; ders., SAE 1973 (13).

henden Teils der erfolgten Vereinbarung[3].-

Es wird übereinstimmend vertreten, "zur Leistung von Überarbeit" sei "der Arbeitnehmer nur verpflichtet, soweit dies der Arbeitsvertrag" vorsehe. "Eine Ausnahme" könne "sich aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergeben. Dies" gelte "namentlich in Notfällen und den diesen in § 14 AZO gleichgestellten Fällen"[4]. "In Notfällen" könne "die Arbeitspflicht und damit das Weisungsrecht des Arbeitgebers den arbeitsvertraglichen Rahmen überschreiten"[5]. Der Arbeitnehmer sei dann "verpflichtet, vorübergehend Arbeiten zu übernehmen, die von seinen arbeitsvertraglichen Aufgaben" abwichen[6].- Entstehungstatbestand dieser "den arbeitsvertraglichen Rahmen überschreitenden" Pflichten soll eine als "Generalklausel" verstandene "Treuepflicht" sein[7]. Die Ansicht, daß aus der "Treuepflicht" einzelne Rechte und Pflichten "abgeleitet" werden könnten, setzte sich erstmals unter der Geltung des § 2 Abs. 2 AOG durch[8]; nach Aufhebung des AOG wurde diese Meinung weitgehend übernommen.

---

3) Aus § 139 BGB ergibt sich, ob infolgedessen der ganze Arbeitsvertrag nichtig ist.- Den tatbestandsmäßig anwendbaren § 139 BGB auf arbeitsrechtliche Verhältnisse aufgrund eines vermeintlichen "Schutzcharakters des Arbeitsrechtes" nicht anzuwenden, wie es vielfach vertreten wird (vgl. z.B. Schaub, a.a.O., § 31 III 2 (99) m.w.N.), ist verfehlt. Der behauptete "Schutzcharakter" ist kein die Nichtanwendung des § 139 BGB rechtfertigender gesetzmäßiger Grund. In den Entwürfen zu einem Arbeitsvertragsgesetz wird die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf Arbeitsverträge durch spezielle Tatbestände ausgeschlossen (vgl. § 8 Entwurf 1923, § 11 Entwurf 1938, § 18 Entwurf 1977, § 7 DGB-Entwurf = § 6 in der Fassung RdA 1977 (167)); siehe dazu auch unten (165 ff.).

4) Schaub, a.a.O., § 45 VII 5 (167).

5) Söllner, Arbeitsrecht, § 29 I 1 (219).

6) Hanau in Hanau / Adomeit, a.a.O., G I 1 (140).

7) Zur Nichtexistenz einer "Generalklausel" "Treuepflicht", die Entstehungstatbestand neuer Pflichten ist, vgl. bereits oben (58 ff.).

8) Vgl. dazu Dietz in Hueck / Nipperdey / Dietz, a.a.O., § 2 Rdn. 16 s (53).

II. Der Entwurf von 1923:

§ 20: "(1) Bei dringendem Bedarfe hat der Arbeitnehmer vorübergehend auch mehr oder andere als die im Vertrage übernommene Arbeit zu leisten, wenn es ihm billigerweise zugemutet werden kann. Mehrarbeit ist, falls sie nicht nach Rechtsvorschrift oder Abrede durch Freizeit ausgeglichen wird, angemessen zu vergüten. Auf diesen Anspruch kann nicht im voraus verzichtet werden.
(2) ..."

Zu der Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht aufgrund von § 20 wird in der "Denkschrift"[9] lediglich ausgeführt, "grundsätzlich" sei "der Arbeitnehmer nur zu der Art und dem Maße von Tätigkeit verpflichtet, die im Vertrage vereinbart oder die üblich" seien. "Bei dringendem Bedarfe" müsse "er Abweichungen davon dulden (§ 20)."- Molitor[10] ist der Ansicht, § 20 handele "von keiner anderen als der vertraglich übernommenen Arbeit, trotzdem" diese Regelung "ausdrücklich vom Gegenteil" spreche. "Denn zu anderer als vertraglich übernommener Arbeit" könne "der Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitsvertrages, von dem der Entwurf doch ausgehen" wolle, "niemals verpflichtet sein. § 20 Entw." regele "in Wirklichkeit nur den Fall, inwieweit andere als die ausdrücklich im Vertrage übernommene Arbeit nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß § 242 BGB den Inhalt des Vertrages" bilde.- Molitor ist darin zu folgen, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich nur zur Erbringung der vertraglich vereinbarten Arbeitsleistungen verpflichtet ist; nicht gefolgt werden kann ihm darin, daß die über die vertragliche Vereinbarung hinausgehenden Arbeitsleistungen bereits aufgrund von § 242 BGB ge-

---

9) "Denkschrift" (16) unter "I. Arbeitsleistung, 2".

10) Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (119); sachlich übereinstimmend Kreller, AcP 123 (308); Vallbracht, a.a.O. (63 f.) begründet die Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht mit der "Treuepflicht".

schuldet seien, denn § 242 BGB regelt nach seinem Inhalt lediglich die Art und Weise der Erfüllung, bewirkt aber nicht die Entstehung neuer oder anderer als der bereits geschuldeten Pflichten[11]. Die gegenteilige Ansicht macht § 242 BGB zu einer "Generalklausel", die als "allgemeines Prinzip" "alle Schuldverhältnisse" sowie die "ganze Rechtsordnung" "beherrscht"[12], mit der also letztlich jede beliebige Entscheidung begründbar sein soll, was zu einer Auflösung der Rechtswissenschaft führt. § 242 BGB hat jedoch lediglich den Inhalt, zu bewirken, daß die in ihm vorausgesetzte Wahlfreiheit des Schuldners in bezug auf die geschuldete Leistung, Bemühung oder Unterlassung begrenzt wird. Denn soweit der Schuldinhalt nicht bestimmt ist und keine andere Regelung vorliegt, ist der Schuldner in der Art und Weise der Erfüllung frei. Läßt sich jemand beispielsweise einen Anzug maßanfertigen, so wird im Regelfall über den zu verwendenden Futterstoff und das Garn keine Abrede erfolgen, der Schneider ist insofern in der Auswahl frei. Diese Wahlfreiheit wird aufgrund der Regelung des § 242 BGB inhaltlich dahingehend begrenzt, daß der Schuldner rechtmäßig nicht etwas wählen kann, worauf der Gläubiger sich mutmaßlich nicht eingelassen hätte, was also nach den individuellen Umständen mutmaßlich ausgeschlossen worden wäre, wenn die Beteiligten diesbezüglich eine Vereinbarung getroffen hätten. Ferner ist Inhalt des § 242 BGB, daß der Schuldner rechtmäßig nicht wählen kann, was mit einer in seinem Verkehrskreis bestehenden, beschränkt allgemeinen Üblichkeit nicht zu vereinbaren ist. Einen anderen Inhalt hat § 242 BGB nicht; d.h. die Regelung des § 20 des Entwurfs von 1923 ist nicht rein deklamatorisch, regelt also nicht nur - wie Molitor es annimmt - das, was aufgrund von § 242 BGB

---

11) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 5 C (288 ff.).

12) Vgl. Sirp in Erman, a.a.O., § 242 Anm. 1 (451); Siebert / Knopp in Soergel / Siebert, a.a.O., § 242 Anm. 53 (30) siehe auch Heinrichs in Palandt, a.a.O., § 242 Anm. 3 (195).

ohnehin schon gilt. Vielmehr enthält § 20 des Entwurfs eine Regelung, die unter gewissen Voraussetzungen eine Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht bewirken soll. Dabei muß allerdings festgestellt werden, daß die Merkmale "bei dringendem Bedarfe" und "billigerweise zugemutet" nicht die für eine gesetzliche Regelung notwendige begriffliche Bestimmtheit aufweisen[13]; die Regelung des § 20 ist daher aufgrund ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit nicht anwendbar.

III. Der Entwurf von 1938:

§ 15: "Der Gefolgsmann darf den Unternehmer nicht im Stich lassen und muß in dringenden Fällen auch mehr oder andere als die im Vertrag übernommene Arbeit leisten, wenn die Treupflicht dies erwarten läßt. Durch Übertragung anderer Arbeit darf der Lohn nicht verringert werden."

In der "Begründung"[14] zu dem Entwurf wird festgestellt, "grundsätzlich" sei "der Gefolgsmann zur Leistung der Arbeit verpflichtet, für die er eingestellt" sei. "Aus der Treuepflicht und der Verbundenheit zu einer Arbeitsgemeinschaft" ergebe "sich aber, daß der Beschäftigte in dringenden Fällen auch einmal andere Arbeit übernehmen" müsse, "wenn ihm das zugemutet werden" könne. "So etwa, wenn für die im Arbeitsverhältnis unmittelbar vorgesehene Arbeit zeitweise kein Bedürfnis vorhanden" sei. "In besonderen Fällen" müsse "der Gefolgsmann Dienste, die der Betrieb notwendig" erfordere, "auch dann leisten, wenn sie ganz außerhalb des Kreises seiner gewöhnlichen Tätigkeiten" lägen. "Dabei" werde "es sich aber immer nur um eine vorübergehende Tätigkeit handeln, die

---

13) Vgl. dazu auch oben (11 ff.).

14) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (56).

ihre Grenzen in dem finden" müsse, "was dem Gefolgsmann billigerweise zugemutet werden" könne. "Nach den gleichen Grundsätzen" sei "auch die Frage zu entscheiden, ob der Beschäftigte in dringenden Fällen Überarbeit und Mehrarbeit zu leisten" habe. "Wenn auch die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Arbeitszeitordnung über die Arbeitszeit als solche keine privatrechtlichen Verpflichtungen zu entsprechender Arbeitsleistung" begründeten, "so" sei "doch in den Fällen, in denen öffentlich-rechtlich Mehrarbeit zulässig" sei, "aus dem Treuegedanken eine entsprechende Verpflichtung des Beschäftigten anzunehmen. Auch diese Verpflichtung" komme "im § 15 zum Ausdruck".- Entscheidendes Merkmal für die Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht aufgrund von § 15 des Entwurfs soll die als "Generalklausel" verstandene "Treupflicht" des Arbeitnehmers sein[15]. Diese "Generalklausel" wird in der "Begründung" durch den nationalsozialistischen "Gemeinschaftsgedanken" und "Zumutbarkeitserwägungen" "konkretisiert"[16]. Die in § 16 verwendeten Merkmale "in dringenden Fällen" und "Treupflicht" weisen nicht die für eine gesetzliche Regelung erforderliche begriffliche Bestimmtheit auf. In Zusammenhang mit den Ausführungen in der "Begründung" zeigen sie, daß der Arbeitnehmer einer rechtlich nicht möglichen Herrschaft und Bevormundung ausgeliefert ist[17]; denn er kann die Art und den Umfang seiner Arbeitsleistungspflicht nicht aufgrund des mit ihm abgeschlossenen Arbeitsvertrags bestimmen, hat er einmal den Vertrag abgeschlossen, sind Art und Umfang der Arbeitsleistungspflicht willkürlich behauptbar. Das Arbeitsverhältnis wird dadurch als Rechtsverhältnis verneint, sein Inhalt wird letztlich durch den Führerwillen bestimmt[18].

---

15) Vgl. dazu bereits oben (64 f.).

16) Vgl. dazu auch oben (11 ff.).

17) Vgl. dazu auch oben (66 f.).

18) Vgl. dazu auch oben (27 ff.).

IV. Der Entwurf von 1977:

§ 20: "(Der Gegenstand der Arbeitspflicht)
(1) Enthält die Vereinbarung keine eindeutige Bestimmung über die zu erbringende Arbeit, so richtet sich der Gegenstand der Arbeitspflicht nach der Üblichkeit in Branche, Beruf, Betrieb und am Ort.
(2) Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der vereinbarten Arbeit stehen (Nebenarbeiten), sind nur dann zu verrichten, wenn sie berufs- und branchenüblich sind.
(3) Zur Leistung anderer Arbeiten ist der Arbeitnehmer nur dann und nur vorübergehend verpflichtet, wenn ohne sie erhebliche Schäden für den Betrieb nicht abgewendet werden können und die Leistung dem Arbeitnehmer zumutbar ist."

§ 23: "(Dauer der Arbeitszeit)
(1) Wird die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht ausdrücklich vereinbart, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeit für die Dauer der im Betrieb, Betriebsteil oder in der Arbeitsgruppe regelmäßigen Arbeitszeit zu leisten. Fehlt es hieran, so gelten 40 Stunden als vereinbart.
(2) Über die nach Absatz 1 geltende Arbeitszeit hinaus ist der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung nur verpflichtet, soweit dies vereinbart oder zur Erledigung dringender betrieblicher Arbeiten erforderlich und ihm zumutbar ist."

§ 24: "(Arbeitspflicht bei Naturkatastrophen und Unglücksfällen)
Die Vorschriften des § vor 19 sowie der §§ 20, 22, 23, 23 a und 23 b über die Begrenzung der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung finden keine Anwendung bei Arbeiten, die erforderlich sind, um im Betrieb oder am Arbeitsplatz die Folgen von Naturkatastrophen, Unglücksfällen oder ähnlichen, unabhängig vom Willen der Betroffenen eingetretenen außergewöhn-

lichen Ereignissen abzuwenden oder zu beseitigen. In diesen Fällen ist der Arbeitnehmer verpflichtet, vorübergehend alle ihm vom Arbeitgeber zugewiesenen Arbeiten zu leisten, soweit sie unaufschiebbar und dem Arbeitnehmer zumutbar sind."

Gegen die "perfektionistische Normierung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers" wendet sich die Stellungsnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände[19]; "die bürokratische und perfektionistische Tendenz des Entwurfes, die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses in starre Normen einzuschnüren", lasse der "inneren Dynamik" des Arbeitsverhältnisses keinen Raum.- M.E. erfolgt die hier wiedergegebene Kritik zu Unrecht. Da ein Arbeitsverhältnis kein körperliches Seiendes ist, ist es verfehlt, von einer "inneren Dynamik" des Arbeitsverhältnisses zu sprechen. Die Mitglieder der Arbeitsgesetzbuchkommission haben sich hier unter Verzicht auf "Generalklauseln" wie "Treu und Glauben" oder "Treuepflicht" bemüht, in den §§ 20 Abs. 3, 23 Abs. 2 und 24 des Entwurfs die Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht in Ausnahmefällen aufgrund gesetzlicher Tatbestände zu regeln. Eine andere Frage ist, ob ihnen dieses immer hinreichend gelungen ist. In allen genannten Regelungen ist stets das Merkmal "zumutbar" enthalten; §§ 20 Abs. 3, 23 Abs. 2, 24 sollen also Grundlage einer "Zumutbarkeitsprüfung" sein[20]. Insofern tritt also an die Stelle begrifflicher Merkmale eine letztlich vom Richter vorzunehmende "Wertung". Diese "Wertung" des Richters stellt eine pseudomoralische absolute Entscheidung eines Einzelfalles dar, die als solche nicht begründbar ist und nicht begründet wird[21]. "Zumutbarkeitserwägungen" bedeuten die Ablehnung jedes methodischen Denkens und Erkenns; ob eine über die vertragliche

---

19) Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (14).

20) Vgl. dazu auch oben (81).

21) Vgl. Ernst Wolf, Festschrift für Schiedermair (572).

Vereinbarung hinausgehende Arbeitsleistungspflicht geschuldet ist, wird damit der aufgrund begrifflicher Merkmale vorzunehmenden objektiven Beurteilung entzogen.-

Bei der hier erfolgten Kritik soll allerdings nicht verkannt werden, welchen Gesetzgebungsschwierigkeiten die Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht aufgrund gesetzlicher Tatbestände unterliegt. In § 24 des Entwurfs ist es der Arbeitsgesetzbuchkommission z.T. gelungen, die Voraussetzungen dieses Tatbestands begrifflich zu fassen, wenn von dem subjektiven Merkmal "zumutbar" abgesehen wird.

V. Der DGB-Entwurf:

§ 26[22]: "(Dauer der Arbeitszeit)

(1) Ist die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nicht ausdrücklich vereinbart, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeit für die Dauer der im Betrieb oder Betriebsteil regelmäßigen Arbeitszeit zu leisten. Fehlt es hieran, so gelten 40 Stunden als vereinbart.

(2) Über die nach Absatz 1 geltende Arbeitszeit hinaus ist der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung nur verpflichtet, soweit dies vereinbart oder zur Erledigung dringender betrieblicher Arbeiten erforderlich und ihm zumutbar ist."

§ 28[23]: "(Arbeitspflicht bei Naturkatastrophen und Unglücksfällen)

Die Vorschriften der §§ 23 bis 27 über die Begrenzung der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung finden keine Anwendung bei Arbeiten, die erforderlich sind, um im Betrieb oder am Arbeitsplatz die Folgen von

---

22) = § 25 in der Fassung RdA 1977 (169).

23) = § 27 in der Fassung RdA 1977 (169).

Naturkatastrophen, Unglücksfällen oder ähnlichen, unabhängig vom Willen der Betroffenen eingetretene außergewöhnliche Ereignisse abzuwenden oder zu beseitigen. In diesen Fällen ist der Arbeitnehmer verpflichtet, vorübergehend alle ihm vom Arbeitgeber zugewiesenen Arbeiten zu leisten, soweit sie unaufschiebbar und dem Arbeinehmer zumutbar sind."

Eine dem § 20 Abs. 3 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission entsprechende Regelung ist im DGB-Entwurf nicht enthalten; ansonsten bestehen zu dem zuvor behandelten Entwurf keine sachlichen Unterschiede.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bezüglich der Erweiterung der Arbeitsleistungpflicht aufgrund gesetzlicher Tatbestände keiner der Entwürfe eine befriedigende Lösung aufweist. Die vorgesehenen Regelungen werden von subjektiven Merkmalen, "unbestimmten Rechtsbegriffen" und "Generalklauseln" "beherrscht", die eine Erkenntnis, ob eine Arbeitsleistungspflicht besteht oder nicht besteht, nicht ermöglichen. "Generalklauseln" erwecken nur den falschen Schein einer gesetzlichen Regelung. In Wahrheit werden durch sie rechtsstaatlich nicht zulässige herrschaftliche Verfügungsbefugnisse des Richters über das streitige Arbeitsverhältnis ermöglicht. Angesichts der bereits in gesetzlichen Regelungen (vgl. § 14 AZO), Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bereits bestehenden Bestimmungen und der Möglichkeit vertraglicher Einzelabreden besteht weder Veranlassung zu einer gesetzlichen Regelung, noch erscheint eine solche angesichts der Vielgestalt der Fälle möglich.

## § 9 Die Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers[1)]

### I. Einleitung

Es soll untersucht werden, welche gesetzlichen, die Haftung des Arbeitnehmers einschränkenden Regelungen in den einzelnen Entwürfen vorgesehen sind. Dieses gibt Veranlassung, einleitend auf den Haftungsausschlußtatbestand einzugehen, der bei Vorliegen von "gefahrgeneigter" bzw. "schadensgeneigter" Arbeit die Haftung des Arbeitnehmers ganz oder zum Teil ausschließen soll[2)]. Das Bundesarbeitsgericht hat zu der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ausgeführt[3)],

"bei leichtester Fahrlässigkeit (leichtester Schuld)" hafte "der Arbeitnehmer nicht,

bei grober Fahrlässigkeit (schwerer Schuld)" hafte "er in vollem Umfange",

liege "seine Fahrlässigkeit (Schuld) zwischen diesen beiden Graden, so" müsse "der Schaden je nach den Umständen aufgeteilt werden".- Söllner[4)] legt dar, schädige "der Arbeitnehmer in Ausführung schadensgeneigter Tätigkeiten dritte Personen, so" hafte "er diesen gegenüber nach den allgemeinen Vorschriften. Aber er" habe "einen Anspruch darauf, daß der Arbeitgeber ihn auch hier von den besonderen Risiken der gefahrengeneigten Arbeit" entlaste. "Soweit der Arbeitnehmer nach den oben geschilderten Grundsätzen dem Arbeitgeber gegenüber nicht" hafte, habe "er bei Schädigung eines Dritten einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber".

---

1) Der Haftungsausschlußtatbestand der §§ 637, 636 RVO bleibt unberücksichtigt, da diese Regelungen nicht in die Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz übernommen worden sind.

2) Vgl. dazu Gamillscheg / Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers (30 ff.) und (117).

3) BAG AP Nr. 5 zu § 282 BGB, mit einem Überblick über die vorangegangene Rechtsprechung (Bl. 178).

4) Söllner, Arbeitsrecht, § 30, 1 (215); vgl. auch Schaub, a.a.O., § 52 IV 3 (195 ff.); Zöllner, Arbeitsrecht, § 19 II (152 ff.).

Zu dieser Rechtsprechung wird ausgeführt, "die Überzeugung richtigen Rechts" habe sich "gegen die Buchstaben einer veralteten Norm" durchgesetzt[5]; die "neue Lehre"[6] entspreche einem "sozialen Bedürfnis"[7] und der "Gerechtigkeit"[8].- Die zur Begründung herangezogenene Ausführungen erschöpfen sich in Leerwörtern und Tarnwörtern. Von "richtigem Recht" zu sprechen, ist verfehlt, Ein rechtliches Verhältnis existiert oder es existiert nicht, ein Verhalten ist rechtmäßig oder rechtswidrig; Recht kann jedoch nicht richtig oder falsch sein.- "Sozial" ist die Erhaltung, Herstellung und Förderung der Bedingungen, unter denen die Menschen sich frei erhalten, entfalten und fortpflanzen können. Wie andere Wörter kann das Wort "sozial" jedoch als Leerwort oder Tarnwort benutzt werden; "soziales Bedürfnis" ist hier ein Tarnwort für falsche Objektivität, falsche Moral bzw. falsche Gemeinschaftlichkeit.[9]

---

5) Gamillscheg / Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers (33).

6) Gamillscheg / Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers (33).

7) BGH AP Nr. 1 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (Bl. 113).

8) BAG (GS) AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO (Bl. 825).

9) Instruktiv dazu sind die Ausführungen des Wirtschaftswissenschaftlers und Nobelpreisträgers Friedrich A. von Hayek in seiner Rede anläßlich des fünfundzwanzigjährigen Bestehens des Walter-Eucken-Instituts in Freiburg (zitiert nach dem Bericht der FAZ v. 8.2.79). v. Hayek bezeichnet das Wort "sozial" als "Wiesel-Wort" (abgeleitet vom amerikanischen Terminus "weasel word"). Dem Wiesel sagt man nach, es könne den Inhalt aus einem Ei so geschickt heraussaugen, ohne daß man es dem Ei hinterher ansehe, daß es leer sei. v. Hayek führt aus: "Ich glaube, das Wiesel-Wort par exellence ist das Wort sozial. Was es eigentlich heißt, weiß niemand. Klar ist nur, daß eine soziale Marktwirtschaft keine Marktwirtschaft ist, ein sozialer Rechtsstaat kein Rechtsstaat, ein soziales Gewissen kein Gewissen, soziale Gerechtigkeit keine Gerechtigkeit." "Ich muß jetzt gestehen - Sie werden entsetzt sein -, daß ich nicht sozial denken kann. Aber ich weiß nicht, was das heißt. Ich sehe nur mit Besorgnis, daß dieser sprachliche Kollektivfetisch das Denken zerstört, und ich muß an den Ausspruch von Konfuzius denken, der einmal gesagt haben soll, daß, wenn Worte ihre Bedeutung verlieren, die Menschen ihre Freiheit verlieren werden." "Das Soziale bezeichnet kein definierbares Ideal, sondern dient heute nur mehr dazu, die Regeln der freien Gesellschaft, der wir unseren Wohlstand verdanken, ihres Inhalts zu berauben.".

Die einzige "Gerechtigkeit", die es gibt und die wissenschaftlich anerkannt werden kann, ist die gleiche Wirkung der rechtlichen Gesetze auf alle ihnen unterfallenden Tatbestände (vgl. Art. 3 Abs. 1 GG).-

Die hier wiedergegebenen "Grundsätze" zur "gefahrengeneigten Arbeit" sind aus mehreren Gründen unhaltbar. Zunächst ist es nicht möglich durch "richterliche Rechtsfortbildung" "neue Lehren" (sprich: neue Gesetze) zu begründen[10]. Des weiteren kann es eine inhaltlich abgestufte Fahrlässigkeit nicht geben. Fahrlässigkeit ist mögliches Wissen bestimmten Inhalts eines bestimmten Menschen in einem bestimmten Zeitpunkt[11]. Diese Möglichkeit existiert oder sie existiert nicht; sie kann jedoch nicht in einem größeren oder geringeren Ausmaß, in einem höheren oder niedrigeren Grad oder mit stärkerer oder schwächerer Intensität vorhanden sein[12]. Zwischen Stufen und Graden von Fahrlässigkeit zu unterscheiden ist daher in Ermangelung objektiver Merkmale nicht möglich. Die behauptete "leichteste" und "mittlere" Fahrlässigkeit gibt es daher nicht. Gleiches gilt für die "grobe" Fahrlässigkeit, obgleich eine solche im Bürgerlichen Gesetzbuch vorausgesetzt wird (vgl. §§ 300 Abs. 1, 521, 599, 680, 968 BGB). Denn auch der Gesetzgeber kann nicht bestimmen, was ontisch nicht möglich ist.

Nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner - also auch ein Arbeitnehmer -, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. In anderer Weise als durch gesetzliche, tarifliche oder arbeitsvertragliche Regelung ist die sich daraus ergebende Haftung nicht ausschließbar. Besteht eine solche Regelung nicht, haftet der Arbeitnehmer.

---

10) Vgl. dazu bereits oben (7 ff.).

11) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 9 E III e 2 (454).

12) Vgl. Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 D II b 3 (209).

II. Der Entwurf von 1923:

§ 17: "Der Arbeitnehmer hat den Schaden zu ersetzen, den er an Stoffen, Maschinen oder Werkzeugen schuldhaft verursacht. Soweit er dazu in der Lage und eine erhebliche Störung des Betriebes dadurch nicht zu besorgen ist, muß ihm der Arbeitgeber gestatten, den Schaden selbst zu beseitigen."

In der "Denkschrift" wird ausgeführt[13], § 17 S. 2 stelle "eine unabdingbare Mußvorschrift" dar, er schütze "den Arbeitnehmer gegen unnötig harte Folgen einer schuldhaften (namentlich fahrlässigen) Sachbeschädigung".- Molitor[14] stellt fest, "in dieser Vereinzelung" erscheine "§ 17 Entw. gefährlich". "Es" könne "daraus namentlich von der Arbeitnehmerseite der Schluß gezogen werden, daß der Arbeitnehmer den Schaden, den er dem Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis in anderer Weise als an Stoffen, Maschinen oder Werkzeugen schuldhaft" verursache, "nicht zu ersetzen" habe. Verbreite sich "eine derartige Auffassung", "dann" könne "das zu unliebsamen Folgen für beide Teile führe".-

Die im Entwurf von 1923 für den Arbeitnehmer vorgesehene Haftungserleichterung ist spärlich zu nennen, ihr wird auch in der "Denkschrift" kein großer Raum gewidmet. Lediglich in § 17 S. 2 ist eine den § 249 S. 2 BGB ausschliessende Regelung vorgesehen. Molitors Ausführungen zeigen, daß nach damaliger Auffassung die Verantwortung des Schädigers nicht beseitigt werden sollte.

---

13) "Denkschrift" (16) unter "I. Arbeitsleistung, 1.".

14) Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (131).

III. Der Entwurf von 1938:

§ 17: "Der Unternehmer muß, soweit ihm dies zuzumuten ist, gestatten, daß der Gefolgsmann einen von ihm zu ersetzenden Schaden an Stoffen, Werkzeugen oder Maschinen außerhalb der Arbeitszeit selbst beseitigt."

Es wird ausgeführt[15], "der Gefolgsmann" sei "nach § 276 BGB schadenersatzpflichtig", wenn er "schuldhaft die Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß" erfülle. "Insbesondere" müsse "er auch den an Stoffen, Werkzeugen oder Materialien schuldhaft angerichteten Schaden ersetzen. Um ihm diese Ersatzpflicht zu erleichtern", gebe "ihm § 17 das Recht, den Schaden durch eigene Arbeit zu beseitigen, selbstverständlich außerhalb der Arbeitszeit und nur, wenn nicht berechtigte Interessen des Unternehmers" entgegenstünden. "Letzteres" sei "z.B. der Fall, wenn der betreffende Gefolgsmann keine Gewähr für sorgfältige und ordnungsgemäße Durchführung der Reparaturarbeiten" biete.-

Wie im Entwurf von 1923 wird auch im Entwurf von 1938 keine von § 276 Abs. 1 S. 1 BGB abweichende Regelung getroffen. Die Bestimmung des § 17 (Entwurf 1938) entspricht weitgehend dem § 17 S. 2 des Entwurfs von 1923. Eine Einschränkung erfolgt dadurch, daß § 17 (Entwurf 1938) regelt, die Schadensbeseitigung habe außerhalb der Arbeitszeit zu erfolgen. Des weiteren enthält die Regelung des Entwurfs von 1938 das Tatbestandselement "soweit ihm dies zuzumuten ist"; dies soll - wie auch die "Begründung" zeigt - Grundlage einer mit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis nicht zu vereinbarenden "Interessenabwägung" sein.

---

15) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (57).

IV. Der Entwurf von 1977:

§ 26: "(Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung)
(1) Der Arbeitnehmer haftet dem Arbeitgeber für einen durch eine betriebliche Tätigkeit entstandenen Schaden, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.
(2) Bei grober Fahrlässigkeit kann der Richter ausnahmsweise die Ersatzpflicht ermäßigen, wenn wegen besonderer in der Art der Arbeit oder der Person des Arbeitnehmers liegender Umstände die volle Haftung eine unzumutbare Härte bedeuten würde.
(3) Eine Haftung, für die Pflichtversicherungschutz besteht, bleibt unberührt.
(4) Die Haftung des Arbeitnehmers wegen Vorsatzes kann nicht ausgeschlossen werden."

§ 26 g: "(1) Haftet der Arbeitnehmer einem Dritten für einen durch eine betriebliche Tätigkeit verursachten Schaden, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung von § 26 von der Ersatzpflicht und den notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung freizustellen.
(2) Absatz 1 gilt nicht, soweit der Arbeitnehmer von einer Versicherung Deckung erlangen kann.
(3) Versagt der Versicherungschutz aus besonderen Gründen, so hängt der Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber von den Umständen, insbesondere davon ab, ob der Verlust des Versicherungsschutzes auf grober Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers beruht."

§ 26 f: "(1) Hat der Arbeitgeber in einem Vertrag mit einem Dritten seine Verpflichtung zum Ersatz eines durch eine betriebliche Tätigkeit verursachten Schadens ausgeschlossen oder eingeschränkt, so gelten der Ausschluß oder die Beschränkung in gleichem Unfang auch zugunsten eines Arbeitnehmers des Arbeitgebers, der den Dritten durch eine betriebliche Tätigkeit geschädigt hat.

(2) Das gleiche gilt, wenn der Ausschluß oder die Beschränkung auf Gesetz beruhen.
(3) § 831 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Haftung des Arbeitnehmers wegen Vorsatzes bleiben unberührt."

§ 26 i: "Die Haftung von Arbeitnehmers, die nach Dienststellen und Dienstvertrag
1. zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind oder
2. Generalvollmacht oder Prokura haben oder
3. im wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrnehmen, die ihnen regelmäßig wegen deren Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden,
kann auch durch Einzelvertrag verschärft werden. Bei leichter Fahrlässigkeit kann der Richter ausnahmsweise die Ersatzpflicht ermäßigen, soweit sie im Einzelfall wegen der Höhe der Schadenshaftung billigem Ermessen widersprechen würde."

Die Arbeitsgesetzbuchkommission hat die von der Rechtsprechung "entwickelten" "Grundsätze" zur Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung nicht übernommen. Der Terminus der "gefahrgeneigten" bzw. "schadensgeneigten" Arbeit wird nicht verwandt[16]. Die Regelungen des Entwurfs (vgl. §§ 26, 26 i) enthalten nur noch einen zweistufigen Fahrlässigkeitsbegriff. Doch auch die Abstufung in "grobe" und "leichte" Fahrlässigkeit ist den in der Einleitung dargelegten Einwänden ausgesetzt. In Ermangelung objektiver Merkmale kann zwischen Stufen und Graden von

16) Dieses wird auch in der Literatur zu Recht begrüßt; vgl. Dieterich, RdA 1978 (334); Hanau, ZRP 1978 (219); Schwerdtner, ZfA 1979 (24); ablehnend Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (16 f.).

Fahrlässigkeit nicht unterschieden werden, die aufgrund einer Bestimmung zu treffende Entscheidung, die - wie beispielsweise § 26 des Entwurfs - eine gestufte Fahrlässigkeitsregelung enthält, ist notwendig willkürlich. Der Gesetzgeber sollte deshalb, wie es ontisch allein möglich ist, seiner Regelung einen nicht in Graden oder Stufen aufgeteilten Fahrlässigkeitsbegriff zugrunde legen.-

In § 26 Abs. 2 und § 26 i S. 2 ist vorgesehen, daß der Richter die Ersatzpflicht ermäßigen kann. § 26 Abs. 2 setzt "grobe Fahrlässigkeit", "besondere Umstände" und eine "unzumutbare Härte" voraus. § 26 i S. 2 verlangt "leichte Fahrlässigkeit", einen "Einzelfall" und "billiges Ermessen".- Aufgrund derartiger Regelungen kann mangels objektiver Merkmale kein gerichtliches Urteil, sondern nur eine absolute Willkürentscheidung gefällt werden[17]; denn das Gericht kann wegen jedes denkbaren Umstands jede denkbare Entscheidung treffen[18]. Eine Schadenersatzhaftung kann nur entweder bestehen oder nicht bestehen; wird ihr Umfang im Einzelfall durch hoheitliche Entscheidung eingeschränkt, so liegt keine gerichtliche Erkenntnis, sondern ein Justizverwaltungsakt vor. Für den Geschädigten stellt jedoch die teilweise Versagung eines gesetzlich begründeten Schadenersatzanspruchs aufgrund einer Regelung, die für das Ob und den Umfang der Versagung keine objektiven Merkmale enthält, eine unrechtmässige Enteignung dar. Der Gesetzgeber sollte deshalb auf die Regelungen der §§ 26 Abs. 2 und 26 i S. 2 verzichten.-

Gemäß § 26 g soll ein Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber entsprechend der Regelung des § 26 begründet werden, wenn der Arbeitnehmer einen Dritten

---

17) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 D II b 3 (209).

18) Beachtenswert ist auch die Ansicht von Mayer - Maly, AcP 163 (116), der ausführt: "Je mehr die Entscheidung von einer weitgehend in den Ermessenbereich gerückten Würdigung der Umstände des Einzelfalles abhängt, um so größer wird der Anreiz, aber auch die Notwendigkeit, es in jedem Fall zum Prozeß kommen zu lassen.".

"durch eine betriebliche Tätigkeit" "leicht" fahrlässig schädigt. Bei "grober" Fahrlässigkeit und Vorsatz soll es grundsätzlich bei der Eigenhaftung des Arbeitnehmers bleiben. Aufgrund der entsprechenden Anwendung des § 26 Abs. 2 soll "ausnahmsweise" eine teilweise Freistellung angeordnet werden können.-

Die §§ 26 und 26 g finden keine Anwendung, wenn letztlich eine Versicherung ersatzpflichtig ist (vgl. §§ 26 Abs. 3, 26 g Abs. 2).-

Nach § 26 f gilt kraft Gesetzes ein gegenüber einem Dritten bestehender vertraglicher oder gesetzlicher Haftungsausschluß bzw. eine vertragliche oder gesetzliche Haftungsbeschränkung des Arbeitgebers auch zugunsten seines Arbeitnehmers.-

Die Bestimmung des Begriffs des leitenden Angestellten in § 26 i des Entwurfs erfolgt in Übereinstimmung mit § 5 Abs. 3 BetrVerfG.

V. Der DGB-Entwurf:

§ 30[19]: "(Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung)

(1) Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, einen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber rechtswidrig zugefügten Schaden zu ersetzen, besteht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. In Fällen grober Fahrlässigkeit tritt eine Ersatzpflicht jedoch nur ein, wenn und soweit die Billigkeit nach den Umständen eine Schadloshaltung des Arbeitgebers erfordert. Die Ersatzpflicht des Arbeitnehmers darf die Höhe eines Monatsverdienstes, in Sonderfällen die Höhe von 3 Monatsverdiensten nicht übersteigen.

---

19) = § 29 in der Fassung RdA 1977 (169).

(2) Eine Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers in Fällen des Abs. 1 Satz 2 besteht nicht, wenn und soweit der Arbeitgeber den Ersatz des ihm entstandenen Schadens von einem Dritten beanspruchen kann.
(3) Hat der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis einem Dritten einen Schaden zugefügt, so haftet außer im Falle des Vorsatzes nur der Arbeitgeber. Für das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gilt Abs. 1 entsprechend. Der Dritte kann den Arbeitnehmer nur in Anspruch nehmen, wenn und soweit die Billigkeit eine Schadloshaltung des Dritten erfordert und eine Befriedigung der Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber scheitert.
(4) Hat der Arbeitgeber in einem Vertrag mit einem Dritten seine Verpflichtung zum Ersatz eines in Erfüllung dieses Vertrages verursachten Schadens rechtswirksam ausgeschlossen oder beschränkt, so gilt der Ausschluß oder die Beschränkung der Schadenersatzpflicht im gleichen Umfang auch zugunsten eines Arbeitnehmers des Arbeitgebers, der den Dritten in Ausführung seiner Arbeitsleistung geschädigt hat. Das gleiche gilt, wenn der Ausschluß oder die Beschränkung der Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers auf Gesetz beruht.
(5) Haben mehrere Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gemeinsam einen Schaden verursacht, so haftet jeder Arbeitnehmer nur anteilig entsprechend dem von ihm verursachten Teil des Schadens. Abs. 1 bis 4 bleiben unberührt.
(6) ...
(7) ..."

Ebenso wie im Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission wird im DGB-Entwurf der Terminus der "gefahrgeneigten" bzw. "schadensgeneigten" Arbeit nicht verwandt. Auch der DGB-Entwurf legt in § 30 einen zweistufigen Fahrlässigkeitsbegriff zugrunde. Der Arbeitnehmer soll gemäß § 30 Abs. 1 grundsätzlich nur bei Vorsatz haften. Bei "grober" Fahrlässigkeit besteht gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 eine Ersatzpflicht nur, "soweit die Billig-

keit nach den Umständen eine Schadloshaltung des Arbeitgebers erfordert". Damit verzichtet der DGB-Entwurf zwar formal auf eine den §§ 26 Abs. 2 und 26 i S. 2 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission entsprechende Regelung. Aufgrund der Unbestimmtheit der "Billigkeitsregelung" ist die nach dieser Bestimmung zu treffende Entscheidung jedoch ebenso willkürlich. Nach § 30 Abs. 1 S. 3 werden Haftungshöchstgrenzen festgesetzt; unbekannt bleibt allerdings was ein "Sonderfall" sein soll.-

Gemäß § 30 Abs. 2 ist die Haftung des Arbeitnehmers subsidiär, er haftet nur, wenn kein Dritter, also insbesondere eine Versicherung ersatzpflichtig ist.-

§ 30 Abs. 3 S. 1 bestimmt, daß ein Dritter, der durch den Arbeitnehmer in Zusammenhang mit dessen Arbeitsleistung geschädigt worden ist, nur vom Arbeitgeber Schadenersatz beanspruchen kann, es sei denn, der Arbeitnehmer hat vorsätzlich gehandelt oder die "Billigkeit" erfordert eine Schadloshaltung des Dritten, dessen Befriedigung seiner Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber gescheitert ist (vgl. § 30 Abs. 3 S. 3). Auch diese "Billigkeitsregelung" macht die Entscheidung des Richters nicht mehr vorhersehbar; sie nötigt die Parteien daher zur Prozeßführung. Werden die Reformvorschläge der neueren Entwürfe bezüglich des arbeitsrechtlichen Haftungsrechts Gesetz werden, so ist aufgrund der gehäuften "Billigkeits-", "Zumutbarkeits-" und "Interessenabwägungsregeln" schon heute eine Prozeßlawine absehbar.-

Die Regelung des § 30 Abs. 4 entspricht dem § 26 f des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission.- Eine besondere Haftungsregelung für leitende Angestellte ist im DGB-Entwurf nicht vorgesehen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß heute die Reformbestrebungen auf dem Gebiet des arbeitsrechtlichen Haftungsrechts besonders groß sind[20]. Von einer Beschränkung

---

20) Vgl. dazu auch die Zusammenstellung der sonstigen Reformvorschläge von Gamillscheg / Hanau, Die Haftung des Arbeinehmers (117 ff.).

der Haftung des Arbeitnehmers kann in den Entwürfen von 1923 und 1938 kaum gesprochen werden. Lediglich die Bestimmung des § 249 S. 2 BGB wird aufgrund spezieller Regelungen ausgeschlossen. Die neueren Entwürfe übernehmen die "Grundsätze" der Rechtsprechung nicht. Dieterich[21] hat festgestellt, der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission habe das arbeitsrechtliche Haftungsrecht "auf ein ganz neues Fundament" gestellt. Es bleibt zu fragen, ob dieses "Fundament" auch tragfähig ist. Aufgrund des häufigen Verzichts auf objektive Merkmale, die durch "Billigkeits-", "Zumutbarkeits-" und "Interessenerwägungen" ersetzt werden, sowie aufgrund der Verwendung eines "gestuften" Fahrlässigkeitsbegriffs ist dieses zu verneinen.- Es existiert ein (in § 823 Abs. 1 BGB vorausgesetztes) naturrechtliches Gesetz mit dem Inhalt, daß, wenn ein für einen Menschen eintretender Schaden darin begründet ist, daß ein anderer sich ihm gegenüber schuldhaft unrechtmäßig verhalten hat, der andere dem Geschädigten schadenersatzpflichtig ist[22]. Für eine Beschränkung dieser naturrechtlichen Verschuldenshaftung durch staatliche Gesetzgebung gibt es keinen rechtlich möglichen Grund. Ein Arbeitnehmer haftet als verantwortlicher Mensch für alle Schäden, die infolge seines schuldhaft unrechtmäßigen Verhaltens eintreten. Das gilt auch gegenüber dem Arbeitgeber. Im Rahmen des § 276 Abs. 2 BGB können für Arbeitsverhältnisse besonderer Art einzelvertragliche und tarifvertragliche Einschränkungen vereinbart werden. Gesetzliche Änderungen sind weder statthaft noch durchführbar.

---

21) Dieterich, RdA 1978 (334).

22) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 20 B I c 10 (554).

## § 10 Die Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung der für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltenden vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen des Arbeitnehmers

### I. Einleitung

Schon frühzeitig ist die Forderung erhoben worden, die für Handlungsgehilfen geltenden Regelungen der §§ 74 f. HGB durch eine gesetzgeberische Reform auf andere Arbeitnehmergruppen zu erweitern[1]. Es soll untersucht werden, ob in den einzelnen Entwürfen entsprechende Regelungen vorgesehen sind. Die Untersuchung wird sich dabei wegen des Umfangs der Bestimmungen auf die Regelungen beschränken, die das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 13.9.1969[2] im Wege der Gesetzesanalogie herzustellen versucht hat. Das Gericht hat ausgeführt, "die für Wettbewerbsverbote mit kaufmännischen Angestellten geltenden Vorschriften des § 74 Abs. 2 HGB und des § 74 a Abs. 1 Satz 3 HGB" seien"auf Wettbewerbsverbote mit sonstigen Arbeitnehmern, die nicht kaufmännische Angestellte" seien, "entsprechend anzuwenden. Das" bedeute: "Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern jeder Art" seien "ungültig, wenn sie keine Karenzentschädigung für den Arbeitnehmer" vorsehen würden. "Sie" seien "unverbindlich, soweit die Karenzentschädigung nicht dem" entspreche, "was § 74 Abs. 2 HGB zwingend als Karenzentschädigung für Wettbewerbsverbote mit kaufmännischen Angestellten" vorschreibe. "Soweit Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern sich über eine längere Zeit als zwei Jahre von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an" erstreckten, seien "sie unverbindlich".- Das Bundesarbeitsgericht wendet damit die §§ 74 Abs. 2, 74 a Abs. 1 S. 3 HGB im Wege einer

---

1) Vgl. "Denkschrift" (17) unter "III. Treuepflicht, 4."; BAG SAE 1971 (109 f.).

2) BAG SAE 1971 (106 ff.); zur Rechtsprechung vor 1969 vgl. Schaub, a.a.O., § 58 I 2 und 3 (222) m.w.N.

Gesetzesanalogie, die aufgrund einer "nachträglich entstandenen offenen Regelungslücke" geboten sei, entsprechend auf alle Arbeitsverhältnisse an.

Von einer Gesetzesanalogie wird allgemein gesprochen, wenn eine einzelne gesetzliche Regelung entsprechend in einem Fall angewendet wird, für den eine gesetzliche Regelung nicht besteht[3].-

Wie Ernst Wolf[4] nachgewiesen hat, existieren subjektive Rechte, Rechtspflichten und Rechtsverhältnisse real; d.h., sie existieren unabhängig von ihrem Gedachtwerden. Die Entstehung jedes realen Seienden bedarf einer Ursache, ohne Ursache entsteht es nicht; so existiert auch ein rechtliches Verhältnis als Wirkung eines Entstehungstatbestands. Ein möglicher Entstehungstatbestand eines rechtlichen Verhältnisses ist ein gesetzlicher Tatbestand; ein rechtliches Verhältnis entsteht demnach als Rechtswirkung eines Tatbestands, wenn ein Kausalzusammenhang des Inhalts existiert, daß bei Vorliegen dieses Tatbestands diese Rechtswirkung notwendig eintritt. Dieser Kausalzusammenhang existiert ebenfalls real, da ein rechtliches Verhältnis als reales Seiendes auch real entstehen muß[5]; das Denken, Wollen oder Wünschen eines Menschen vermag ihn nicht herzustellen. Abgesehen von den natürlichen rechtlichen Kausalzusammenhängen existiert ein notwendiger Zusammenhang des oben bezeichneten Inhalts nur, wenn er von einer mit der erforderlichen Herstellungsmacht ausgestatteten Körperschaft aufgrund des erforderlichen Herstellungsakts begründet worden ist; d.h., gesetzgeberische Erklärungen dafür zuständiger Staatsorgane haben den Inhalt, allgemein zu bewirken, daß bei Vorliegen von Tatbeständen

---

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre (368 f.); Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 2 C VII (75 f.).

4) Vgl. insbesondere Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 1 A V (10 ff.).

5) Vgl. Ernst Wolf in Festgabe für v. Lübtow (133).

einer bestimmten Art Rechtswirkungen einer bestimmten Art eintreten[6].-

Larenz[7] versteht unter Gesetzesanalogie "die Übertragung der für einen Tatbestand (A) ... im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm 'ähnlichen' Tatbestand B. Die Übertragung" gründe "sich darauf, daß infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten beide Tatbestände gleich zu bewerten" seien, "also auf die Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln". "Die Tatbestände" dürften "einander weder gleich noch absolut ungleich sein; sie" müßten "aber gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen. Ob das der Fall" sei "oder nicht, das" lasse "sich nicht nur mit Hilfe der logischen Kategorien der 'Identität' und der 'Nichtidentität' bestimmen, sondern" erfordere "zunächst die Offenlegung der für die in der gesetzlichen Regel zum Ausdruck kommende Wertung maßgeblichen Hinsichten. Daran" habe "sich die positive Feststellung zu schließen, daß der zu beurteilende Sachverhalt dem gesetzlich geregelten in allen diesen Hinsichten" gleiche, "sowie die negative Feststellung, daß die verbleibenden Unterschiede nicht von solcher Art" seien, "daß sie die gesetzliche Wertung hier" ausschlössen. "Es" handele "sich bei der juristischen Analogie also allemal um einen Vorgang wertenden Denkens, nicht lediglich um eine formal-logische Gedankenoperation. Um zu erkennen, welche Elemente des gesetzlich geregelten Tatbestandes für die gesetzliche Wertung und warum sie für diese bedeutsam" seien, bedürfe "es des Rückgangs auf die Zwecke und den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung".- Übereinstimmend ist Esser[8] der Ansicht, "daß die 'entsprechende Anwendung'

---

6) Vgl. Ernst Wolf in Festgabe für v. Lübtow (134).

7) Larenz, Methodenlehre (366 f.); sachlich übereinstimmend Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (180).

8) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (181).

von Normen mit anderen als mit Mitteln der Logik beurteilt werden" müsse, "daß also der Analogieschluß als solcher nur der formale Ausdruck von Bewertungsvorgängen" sei, "die zum großen Teil aus der dogmatischen Erfassung" herausfielen.-

Mit ihren Ausführungen verkennen die Autoren, daß es sich bei der Gesetzesanwendung nicht um ein Regelungsverfahren sondern um ein Erkenntnisverfahren handelt. Der ein Gesetz Anwendende erzeugt also nicht erst das von ihm "Erkannte", sondern legt die wissenschaftlich begründete Erkenntnis dar, daß in einem bestimmten Fall dem gesetzlichen Tatbestand entsprechende Tatsachen vorliegen oder nicht vorliegen und folglich eine der gesetzlichen Rechtswirkung entsprechende Rechtswirkung eingetreten oder nicht eingetreten sei. Der Terminus "Gesetzesanwendung" ist insofern sprachlich ungenau, als die gesetzliche Rechtswirkung unmittelbar bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestands eintritt, es also dazu keiner "Anwendung" des Gesetzes bedarf. Das für die Gesetzesanalogie geforderte "wertende Denken" ist nicht möglich. Denken ist objektiv, "werten" absolut subjektiv, "wertendes Denken" also in sich widersprüchlich. Aus den "Zwecken" oder "Grundgedanken" einer gesetzlichen Regelung kann ebenfalls nicht auf die Zulässigkeit seiner entsprechenden Anwendung auf einen Tatbestand geschlossen werden, der dieser Regelung nicht unterfällt; denn "Zwecke" und "Grundgedanken" eines Gesetzes sind nicht dessen Inhalt.

Die wissenschaftliche Begründetheit der Lehre von der Gesetzesanalogie setzt voraus, daß sie aufgrund eines objektiven Merkmals die entsprechende Anwendbarkeit einer gesetzlichen Regelung nachzuweisen vermag. Mit den Formulierungen "Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten", "gleich zu bewerten", "Forderung der Gerechtigkeit", "Gleichartiges", "gleich zu behandeln" etc. geschieht dieses jedoch nicht. Sie sind vielmehr ein anschauliches Beispiel für die Methode der zur Zeit herrschenden Bewertungsjurisprudenz, Sachverhalte rechtlich zu "bewerten", also mehr oder weniger willkürlich entsprechend oder entgegen gesetzlichen Regelungen zu beurteilen, ohne Rücksicht darauf, ob der jeweilige Sachverhalt unter das in Frage

kommende Gesetz subsumierbar ist oder nicht[9].

Da es analogiefähige und nicht analogiefähige gesetzliche Regelungen ("ausschließliche Sonderregelungen"[10], "erschöpfende Regelungen"[11], "Ausnahmeregelungen"[12] geben soll, müßte ein objektives, die Analogiefähigkeit bewirkendes Merkmal nachgewiesen werden. Da dieses bisher nicht geschehen ist, erschöpft sich die Lehre von der Gesetzesanalogie in der Behauptung, es existierten analogiefähige Gesetze.-

Es wird ausgeführt[13], "die entsprechende Gesetzesanwendung" sei "in einem streng methodischen und somit logischen Verfahren möglich". Doch auch in einem "logischen Verfahren" ist eine Gesetzesanalogie, d.h. die Erkenntnis, daß aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands die gesetzliche Rechtswirkung eingetreten sei, obgleich ein im Gesetz beschriebener Tatbestand nicht vorliegt, vielmehr nur ein "ähnlicher Tatbestand" gegeben ist, nicht begründbar. Denn bei einem logischen Verfahren handelt es sich um ein Denkverfahren eines Menschen; durch das Denken eines Menschen kann jedoch nicht bewirkt werden, daß in einem Fall, für den "eine gesetzliche Regelung nicht besteht"[14], ein Kausalzusammenhang des Inhalts entsteht, daß die aufgrund eines rechtlichen Kausalzusammenhangs eintretende Rechtswirkung auch dann bedingt wird, wenn nur ein dem erforderlichen Tatbestand "ähnlicher Tatbestand" vorliegt; denn eine Wirkung tritt aufgrund eines Kausalzusammenhangs nur ein, wenn die dafür erforderliche

---

9) Vgl. dazu auch Bickel, DB 1970 (1129 f.).

10) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 2 C VII b 2 cc (76).

11) Larenz, Methodenlehre (378).

12) Ernst Wolf, Anmerkung zu BAG AP Nr. 138 zu § 242 BGB Ruhegehalt (Bl. 290).

13) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 2 C VII d (76).

14) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, § 2 C VII b 2 aa (76).

Ursache gegeben ist. Eine Ursache ist jedoch die Gesamtheit der für eine Wirkung notwendigen unmittelbaren Bedingungen[15]. Liegt eine Bedingung nicht vor, sondern ist nur eine "ähnliche" gegeben, tritt die Wirkung nicht ein. Dieses gilt für alle Kausalzusammenhänge, also auch für rechtliche. Ein bisher noch nicht existierender rechtlicher Kausalzusammenhang zwischen einem Tatbestand (dem "ähnlichen Tatbestand") und einer Rechtswirkung bestimmten Inhalts kann nur von einer mit der entsprechenden Herstellungsmacht ausgestatteten Körperschaft aufgrund des erforderlichen Herstellungsakts begründet werden; eine Denktätigkeit vermag dieses nicht zu bewirken.- Die Lehre von der Gesetzesanalogie ist grundsätzlich abzulehnen; die Gesetzesanalogie ist kein Ersatz für das Tätigwerden des Gesetzgebers.

II. Der Entwurf von 1923:

§ 36: "Eine Vereinbarung, durch die der Arbeitnehmer für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird (Wettbewerbsverbot), ist nur nach Maßgabe der §§ 37 bis 45 wirksam."

§ 37: "Das Wettbewerbsverbot ist nichtig:

...

5. soweit es sich auf einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren, bei technischen Angestellten von mehr als fünf Jahren, erstreckt;

...

7. wenn sich der Arbeitgeber nicht verpflichtet hat, für die Dauer des Verbotes bis zu zwei Jahren mindestens die Hälfte, darüber hinaus den vollen Wert des zuletzt bezogenen Entgeltes fortzuzahlen, es sei denn, daß der

---

15) Vgl. Ernst Wolf in Festgabe für v. Lübtow (122).

Arbeitnehmer für eine Tätigkeit außerhalb Europas angenommen ist oder das jährliche Entgelt ... übersteigt; ..."

Im Entwurf von 1923 sind den §§ 74 Abs. 2 und 74 a Abs. 1 S. 3 HGB entsprechende Regelungen für alle Arbeitnehmer vorgesehen. Grundsätzlich beträgt die Höchstfrist, bis zu der "Wettbewerbsverbote" wirksam vereinbart werden können, in Übereinstimmung mit § 74 a Abs. 1 S. 3 HGB zwei Jahre (vgl. § 37 Ziff. 5). Für technische Angestellte beträgt die Höchstfrist entsprechend einer Forderung der Unternehmer[16] fünf Jahre (vgl. § 37 Ziff. 5). Als Ausgleich dafür ist in § 37 Ziff. 7 geregelt, daß für die Zeit, die über die grundsätzliche Höchstfrist von zwei Jahren hinausgeht, ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortzahlung des vollen zuletzt bezogenen Entgelts besteht.- Um zu verhindern, daß die in § 37 Ziff. 7 vorgesehene Arbeitsentgeltfortzahlung durch Währungsverfall gemindert wird, ist in der Bestimmung des Entwurfs geregelt, daß der "Wert" (bzw. "die Hälfte" davon) des zuletzt bezogenen Entgelts fortzuzahlen ist; diese Regelung tritt an die Stelle der festen Gehaltsgrenzen des § 74 Abs. 2 HGB[17] und verhindert eine inflatorische Minderung.[18]

III. Der Entwurf von 1938:

§ 25 Abs. 2:

"Die Abrede ist unzulässig für mehr als zwei Jahre, bei technischen Angestellten für mehr als fünf Jahre."

---

16) Vgl. "Denkschrift" (17) unter "III. Treuepflicht, 4.".

17) Zur zutreffenden Ablehnung der Anpassung der Karenzentschädigung an den Währungsverfall vgl. ArbG Lübeck, BB 1976 (1320) mit zustimmender Anmerkung von Bengelsdorf.

18) Vgl. zu den die "Wettbewerbsverbote" regelnden Bestimmungen auch Vallbracht, a.a.O. (71 ff.).

§ 26 Abs. 1:

"Der Unternehmer ist verpflichtet dem Gefolgsmann für die Dauer der Wettbewerbsabrede an jedem Monatsende eine Entschädigung zu zahlen. Sie beträgt in den ersten zwei Jahren mindestens die Hälfte, darüber hinaus mindestens den vollen Wert des zuletzt bezogenen Lohnes, in jedem Fall aber mindestens 1500 RM jährlich. Die Verpflichtung entfällt, wenn der Gefolgsmann für eine Tätigkeit außerhalb Europas angenommen war oder sein jährliches Entgelt 12 000 RM übersteigt."

Die Regelungen des Entwurfs von 1938 stimmen sachlich weitgehend mit den Bestimmungen des Entwurfs von 1923 überein; die Regelungen der "Wettbewerbsverbote" gelten für alle Arbeitnehmer, für technische Angestellte ist wiederum die Ausnahme vorgesehen, daß die Höchstfrist der Wettbewerbsbeschränkung fünf Jahre betragen kann. Des weiteren wird die Höhe der zu leistenden Karenzentschädigung ebenfalls nicht nach festen Gehaltsgrenzen (wie in § 74 Abs. 2 HGB) bestimmt, sondern nach dem "Wert" des zuletzt bezogenen Arbeitsentgelts (vgl. § 26 Abs. 1 S. 2). Die Mindestsumme der Karenzentschädigung beträgt nach § 26 Abs. 1 S. 2 1500 RM.[19)]

IV. Der Entwurf von 1977:

§ 80 c: "(Vereinbarung einer Wettbewerbsabrede)

(1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer können eine Vereinbarung treffen, durch die der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner beruflichen Tätigkeit beschränkt wird (Wettbewerbsabrede).

(2) Eine Wettbewerbsabrede ist aber nur rechtswirksam, wenn und soweit sie

---

19) Zu Einzelheiten vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (60 ff.).

...
3. Eine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers nach Maßgabe des § 80 d für die Dauer der Beschränkung des Arbeitnehmers in seiner beruflichen Tätigkeit vorsieht,
4. auf mindestens zwei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses befristet ist,
..."

§ 80 d Abs. 1: "(Entschädigung für eine Wettbewerbsabrede) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer für die Einhaltung der Wettbewerbsabrede monatlich eine Entschädigung zu zahlen. Die Entschädigung muß für jeden Monat der Geltung der Wettbewerbsabrede mindestens ein Zwölftel des Arbeitsentgelts betragen, das dem Arbeitnehmer für die letzten zwölf Monate vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus diesem zugestanden hat. Erhöht sich das für die Berechnung der Entschädigung maßgebliche Arbeitsentgelt allgemein und nicht nur vorübergehend, so erhöht sich im gleichen Verhältnis auch die Entschädigung."

Auch die §§ 80 c f. des Entwurfs von 1977 enthalten für alle Arbeitnehmer geltende Regelungen bezüglich des "Wettbewerbsverbots". Gemäß § 80 c Abs. 2 Ziff. 4 ist die Höchstfrist für die Beschränkung der beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers auf zwei Jahre festgesetzt. Ausnahmen für einzelne Arbeitnehmergruppen sind nicht vorgesehen. Nach § 80 d Abs. 1 S. 2 ist der Arbeitgeber - abweichend von den Regelungen der früheren Entwürfe, die insofern dem § 74 Abs. 2 HGB entsprachen - für die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich zur Leistung einer Karenzentschädigung verpflichtet, die der vollen Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitsentgelts entspricht; sie mindert sich - soweit der Arbeitnehmer ein anderweitiges Einkommen erzielt - nach Maßgabe des § 80 d Abs. 2. Die zu leistende Karenzentschädigung wird aufgrund der Regelung des § 80 d Abs. 1 S. 3 an die allgemeine Lohnsteigerung in dem ausgeübten Beruf angepaßt. So ist auch im Entwurf von 1977

der allgemeine Währungsverfall bezüglich der Karenzentschädigung berücksichtigt.

V. Der DGB-Entwurf:

Die §§ 93[20] Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 3 und 4, 94[21] Abs. 1 stimmen wörtlich mit den oben wiedergegebenen Regelungen des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission überein, es kann deshalb eine besondere Abhandlung unterbleiben.

Wie dargelegt, sind in allen Entwürfen allgemeine, für alle Arbeitnehmer geltende Regelungen bezüglich der "Wettbewerbsverbote" vorgesehen. Der Gesetzgeber sollte bei der Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes den Entwürfen insoweit folgen und die "Wettbewerbsverbote" für alle Arbeitnehmer gesetzlich regeln[22]; damit würde einer Forderung Rechnung getragen, die schon vor 1914 erhoben wurde[23]. Die analoge Anwendung der §§ 74 f. HGB auf alle Arbeitsverhältnisse ist dogmatisch nicht vertretbar.

---

20) = § 92 in der Fassung RdA 1977 (175).

21) = § 93 in der Fassung RdA 1977 (175).

22) So auch Schwerdtner, ZfA 1979 (32).

23) Vgl. dazu BAG SAE 1971 (109).

## § 11 Die Urlaubsregelungen

### I. Einleitung

Es soll untersucht werden, welchen Inhalt die in den einzelnen Entwürfen vorgesehenen Urlaubsregelungen haben. Bei der Untersuchung von Urlaubsregelungen ist grundsätzlich der Jahresurlaub - vielfach auch "Erholungsurlaub" genannt - vom Sonderurlaub zu unterschieden. Jahresurlaub eines Arbeitnehmers ist ein kraft Gesetzes dem Mindestumfang nach bestimmter Teil eines Jahres, währenddessen aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Gestaltungserklärung des Arbeitgebers oder aufgrund eines entsprechenden gesetzlichen Tatbestands für den Arbeitnehmer keine Arbeitsleistungspflichten, für den Arbeitgeber aber eine Zahlungspflicht (Urlaubsentgeltspflicht) entstehen[1]. Sonderurlaub eines Arbeitnehmers ist die Zeit, die diesem aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Gestaltungserklärung des Arbeitgebers, die bewirkt, daß das Arbeitsverhältnis für die Dauer des Sonderurlaubs dahingehend inhaltlich geändert wird, daß es die Eigenschaft verliert, Arbeitsleistungspflichten zu bedingen, oder aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands, der die gleiche Wirkung hat, zu einem bestimmten Zweck zur Verfügung steht.- Jahresurlaub und Sonderurlaub unterscheiden sich nach der hier vertretenen Auffassung begrifflich dadurch, daß im Gegensatz zum Sonderurlaub der Jahresurlaub keine Zweckbestimmung zum Inhalt hat. Demgegenüber wird weitgehend die Ansicht vertreten, Jahresurlaub sei der "zur Erholung" gewährte Urlaub, diese Zweckbestimmung sei deshalb Inhalt des Begriffs Jahresurlaub[2]. Jedoch ist weder der Arbeitgeber verpflichtet, zu bewirken, daß der Arbeitnehmer sich erholt, noch schuldet der Arbeit-

---

1) Vgl. die zutreffende Begriffsbestimmung von Bickel SAE 1975 (85 f.).

2) Vgl. z.B. Söllner, Arbeitsrecht, § 33 II 4 (226); Zöllner, Arbeitsrecht, § 16 IV 6 (131 f.).

nehmer oder obliegt es ihm, sich zu erholen. Erholt der Arbeitnehmer sich nicht, etwa wegen des schlechten Wetters oder weil er während des Urlaubs an seinem im Bau befindlichen Eigenheim arbeitet, so ist dennoch sein "Urlaubsanspruch" erfüllt worden; eine Unterbrechung des Urlaubs erfolgt lediglich aufgrund besonderer gesetzlicher Tatbestände (vgl. § 9 BUrlG), nicht bei Verfehlung des vermeintlichen "Urlaubszwecks" schlechthin. Der "Erholungszweck" ist damit nicht Merkmal des Begriffs Jahresurlaub[3].-

Für den Inhalt von Jahresurlaubsbestimmungen sind zwei Regelungsmöglichkeiten denkbar[4]. Einmal kann aufgrund eines entsprechenden gesetzlichen Tatbestands ein Arbeitsverhältnis unmittelbar den Inhalt erhalten, während eines dem Mindestumfang nach gesetzlich bestimmten Teils eines Jahres keine Arbeitsleistungspflichten, jedoch die Urlaubsentgeltspflicht zu bedingen. Dem Arbeitgeber bleibt es dann lediglich überlassen, die Bestimmung des Zeitpunktes des Urlaubsbeginns vorzunehmen. Bei der von ihm dann zu treffenden zeitlichen Festlegung des Urlaubs, die - neben der Individualisierung von Gattungshandlungsschulden - Inhalt seines Direktionsrechts ist, kann eine gesetzliche Bindung bestehen[5]. Andererseits ist es möglich, den Arbeitgeber aufgrund gesetzlicher Regelungen dem Arbeitnehmer gegenüber zu verpflichten, diesem den dem Mindestumfang nach gesetzlich bestimmten Urlaub zu "gewähren". Die vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer geschuldete Leistung besteht dann darin, daß dieser durch gestaltende rechtsgeschäftliche Erklärung bewirkt, daß das Arbeitsverhältnis für die Dauer des Urlaubs die Eigenschaft verliert, Arbeitsleistungspflichten entstehen zu lassen, jedoch eine

---

3) Vgl. dazu auch Coester, DB 1973 (1125 r. Sp.); Gaul, SAE 1966 (187 f.); Natzel, DB 1968 (1491 ff.); Schwerdtner, Juristischer Studienkurs, Arbeitsrecht I (138).

4) Vgl. dazu auch die Ausführungen von Bickel, SAE 1975 (88 f.).

5) Vgl. im derzeit geltenden Recht § 7 Abs. 1 BUrlG und § 87 Abs. 1 Ziff. 5 BetrVerfG.

Urlaubsentgeltspflicht bedingt. Die vom Arbeitgeber geschuldete "Gewährung" des Urlaubs besteht dann nicht lediglich in einer Festsetzung des Urlaubsbeginns, sondern in einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses.- Beide Regelungsmöglichkeiten sind entsprechend auch für Sonderurlaubsbestimmungen denkbar.

II. Der Entwurf von 1923:

Die den Jahresurlaub betreffenden Regelungen finden sich in den §§ 93 bis 104. Nach § 93 hat der Arbeitnehmer nach einer Wartezeit von einem Jahr[6] ("wenn das Arbeitsverhältnis ununterbrochen ein Jahr gedauert hat") einen "unabdingbaren" (siehe § 103 S. 1) "Anspruch auf einen jährlichen ununterbrochenen Erholungsurlaub von mindestens drei Arbeitstagen". Diese Mindestdauer des Urlaubs verlängert sich nach § 94 mit jedem weiteren Jahr um einen Tag bis zu neuen Arbeitstagen. Soweit es zur Abwendung "gesundheitlicher Nachteile" erforderlich ist, sollte der Reichsarbeitsminister nach § 95 "für einzelne Wirtschaftszweige oder Teile davon oder für einzelne Gruppen von Arbeitnehmern eine Verlängerung der gesetzlichen Urlaubsdauer vorschreiben" können. Der Grund für die geringe gesetzliche Mindesturlaubsdauer lag in den ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnissen, die zur Zeit des Entwurfs in Deutschland herrschten[7]. So wurden u.a. von Hueck[8] Bedenken dahingehend geäußert, ob 9 Urlaubstage in

---

6) Die im Entwurf von 1923 vorgesehene Wartezeit von einem Jahr ist der Grund dafür, daß in der auf Bickel (SAE 1975 (88)) zurückgehenden Definition des Begriffs Jahresurlaub die Formulierung "bestimmter Teil eines Jahres" statt - wie Bickel für die derzeitige Rechtslage zutreffend definiert - "bestimmter Teil jedes Jahres" verwandt wurde. Nach der im Entwurf von 1923 vorgesehenen Regelung hat der Arbeitnehmer im ersten Jahr seiner Beschäftigung keinen Anspruch auf Urlaub.

7) Vgl. "Denkschrift" (20) unter "IV. Urlaub".

8) Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (167).

allen Fällen wirtschaftlich noch tragbar seien.- Nach § 96 S. 1 hat der Arbeitgeber "den Beginn des Urlaubes nach billigem Ermessen festzusetzen". Trotz dieser Formulierung folgt der Entwurf der zweiten aufgezeigten Regelungsmöglichkeit gesetzlicher Jahresurlaubsbestimmungen, d.h. der Arbeitgeber ist nach dem Entwurf von 1923 nicht lediglich zur Festsetzung des Zeitpunktes des Urlaubsbeginns, sondern zur rechtsgeschäftlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet. Dieses wird durch die Formulierung "Anspruch ... auf Erholungsurlaub" (§ 93) und "Urlaub ... gewähren" (§ 102) deutlich; es entspricht auch dem herrschaftlichen Denken im Arbeitsrecht zur Zeit dieses Entwurfs (bezeichnend Vallbracht[9]: "Mildert doch gerade der Urlaub das Drückende des Abhängigkeitsverhältnisses, indem er dem Arbeitnehmer erlaubt, sich auch einmal als freier Mensch zu fühlen."). Gemäß § 97 S. 1 "behält" der Arbeitnehmer "während des gesetzlichen Urlaubes" "den Anspruch auf das Entgelt, das ihm bei regelmäßiger Arbeitszeit zustände". Aus der Formulierung "behält" darf jedoch nicht geschlossen werden, daß der während des Urlaubs bestehende Entgeltanspruch mit dem sonstigen Arbeitsentgeltanspruch identisch ist. Das Arbeitsverhältnis ist ein synallagmatisches Rechtsverhältnis. Während der Dauer des Urlaubs verliert es die Eigenschaft, Arbeitsleistungspflichten zu bedingen, infolgedessen läßt es als synallagmatisches Rechtsverhältnis auch keine Arbeitsentgeltzahlungspflichten entstehen. Die rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung des Arbeitgebers ("Urlaubsgewährung") bewirkt jedoch, daß das Arbeitsverhältnis den Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsentgelt entstehen läßt. Diese Ansicht wird durch die Formulierungen "Anspruch auf Urlaubsentgelt" (§ 98) und "Urlaubsentgelt" (§§ 100, 101) bestätigt[10].- Nach § 98 darf der Arbeitnehmer

---

9) Vallbracht, a.a.O. (86).

10) Vgl. auch "Denkschrift" (20 f.) unter "IV. Urlaub".

"während des gesetzlichen Urlaubes keine dem Urlaubszwecke widersprechende Erwerbsarbeit leisten. Andernfalls verliert er jeden Anspruch auf Urlaubsentgelt". Trotz der Formulierungen "Urlaubszwecke" (§ 98) und "Erholungsurlaub" (§ 93) ist eine Zweckbestimmung ("zum Zweck der Erholung") nicht Inhalt des Begriffs Jahresurlaub, dieses wird schon dadurch deutlich, daß in der "Denkschrift"[11] ausgeführt wird, "wer während des Urlaubes" erkranke "oder ein Amt" ausübe "oder dergleichen", könne "nicht neuen Urlaub zu anderer Zeit oder entsprechende Verlängerung beanspruchen". Trotz der Regelung des § 98 S. 1, die inhaltlich dem heute geltenden § 8 BUrlG entspricht, besteht also keine Pflicht des Arbeitnehmers den Urlaub "zum Zweck der Erholung" zu nutzen. Jahresurlaub ist also begrifflich nicht Freistellung von der Arbeit "zum Zweck der Erholung", denn der Arbeitnehmer kann seine Urlaubszeit beispielsweise zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit im Sinne des Art. 160 der Weimarer Verfassung nutzen, bei der er sich gegebenenfalls nicht erholt, ohne daß die Rechtsfolge des § 98 S. 2 - Verlust des Urlaubsentgeltsanspruchs - eintritt oder er Anspruch auf Verlängerung seines Urlaubs hat.-

§ 100 bestimmt:

> "(1) Hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub und endigt der Arbeitsvertrag vor Ablauf des Urlaubes, so hat der Arbeitgeber das Urlaubsentgelt nach § 97 zu zahlen, wenn nicht der Arbeitnehmer einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung verschuldet hat.
>
> (2) Im übrigen besteht kein Anspruch auf Geldentschädigung für nicht gewährten Urlaub."

§ 102 regelt:

> "Der Urlaubsanspruch erlischt mit Ablauf des Jahres, in dem der Urlaub zu gewähren war."

---

11) "Denkschrift" (21) unter "IV. Urlaub".

Der Ausschluß des Abgeltungsanspruchs nach § 100 Abs. 1 sowie die in der "Denkschrift"[12] vorgenommene Auslegung des § 100 Abs. 1, nach der diese Bestimmung - entgegen ihrem Wortlaut - nur bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber Anwendung finden soll[13], nicht jedoch wenn der Arbeitnehmer selbst kündigt ("Das Urlaubsentgelt hat der Arbeitnehmer .. zu beanspruchen, wenn ihm ... gekündigt wird, ehe er den verdienten Urlaub genossen hat."), macht wiederum die herrschaftliche Struktur des Entwurfs von 1923 deutlich; kündigt der Arbeitnehmer, so soll er seinen Anspruch auf Urlaubsentgelt grundsätzlich verlieren.- § 102 des Entwurfs stellt einen Erlöschensgrund des Urlaubsanspruchs dar. Aufgrund der Regelung des § 102 i.V.m. § 100 Abs. 2 verliert der Arbeitnehmer neben seinem Urlaubsanspruch auch jeden Abgeltungsanspruch, wenn der Urlaub nicht in dem Jahr gewährt wird, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist[14];- ein drastisches Mittel um zu gewährleisten, daß dem Arbeitnehmer "der Anspruch auf Urlaub nicht mit Geld abgekauft" wird[15].-

Beispiele für Sonderurlaubsregelungen im Entwurf von 1923 sind § 79 Abs. 1 S. 2 und § 162. § 79 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs regelt, daß ein Arbeitnehmer, der ein öffentliches Ehrenamt im Sinne des Art. 160 der Weimarer Verfassung wahrnimmt, seinen "Entgeltsanspruch" nicht verliert.
§ 162 bestimmt:

> "Nach der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses und während angemessener Zeit vor Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Arbeitsverhältnisses ohne Schmälerung des Entgeltes zu gewähren."

---

12) "Denkschrift" (21) unter "IV. Urlaub".

13) Ablehnend dazu Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (170 f.).

14) Ablehnend dazu Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (168 ff.).

15) Vgl. "Denkschrift" (21) unter "IV. Urlaub".

Durch diese Regelungen wird deutlich, daß Sonderurlaub - im Gegensatz zum Jahresurlaub - zu einem bestimmten Zweck gewährt wird. Des weiteren läßt § 162 wiederum erkennen, daß der Entwurf von 1923 sich der zweiten aufgezeigten Regelungsmöglichkeit bedient, es also einer rechtsgeschäftlichen Gestaltungserklärung des Arbeitgebers bedarf, die - bereits dargelegte - inhaltliche Änderung des Arbeitsverhältnisses folglich nicht schon kraft Gesetzes eintritt.

III. Der Entwurf von 1938:

Der Jahresurlaub ist im Entwurf von 1938 in den §§ 74 bis 84 geregelt.

§ 74 bestimmt:

> "Die Erhaltung der Volkskraft erfordert, daß jeder Gefolgsmann zur Erholung von der Arbeit und zur Gewinnung neuer seelischer und körperlicher Kräfte einmal im Jahr einige Zeit ausruhen kann, ohne deshalb seine Lebenshaltung einschränken zu müssen. Deshalb hat jeder Gefolgsmann, dessen Arbeitskraft durch ein Arbeitsverhältnis ganz oder hauptsächlich beansprucht wird, in jedem Kalenderjahr ein unabdingbares Recht auf einen Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Lohnes."

Die rechtspolitische Notwendigkeit, Urlaubsregelungen zu schaffen, wird mit der "Erhaltung der Volkskraft" bzw. "Erhaltung der Volksgesundheit"[16] begründet. Entsprechend der nationalsozialistischen Ideologie steht nicht der einzelne Arbeitnehmer, sondern das "Volk" im Mittelpunkt der gesetzgeberischen Motive. Die Rechtsfeindlichkeit des Entwurfs von 1938 wird im Zusammenhang mit den Urlaubsregelungen durch die Feststellung deutlich, "das Arbeitsverhältnis" habe

---

16) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (80).

"seinen schuldrechtlichen Charakter abgestreift"[17]. Versäume "der Unternehmer, den Urlaub zu erteilen, so" sei "eine Klage des Gefolgsmannes nicht ausgeschlossen. Doch" werde "in den meisten Fällen eine geeignete Einwirkung seitens der DAF[18] auch ohne Anrufen des Gerichts zum Ziele führen"[19].- Nach dem Entwurf von 1938 beträgt die vorgesehene gesetzliche Mindesturlaubsdauer sechs Arbeitstage (§ 75), dieser Urlaubsanspruch soll erstmalig nach einer Wartezeit von sechs Monaten (§ 76) entstehen. Die Mindesturlaubsdauer kann durch "Tarif-, Betriebs- oder Dienstordnung" erweitert werden (vgl. § 75)[20]. Bei diesen "Ordnungen" handelte es sich um einseitig erlassene Regelungen, nicht um Verträge. "Tarifordnungen" wurden von den "Treuhändern der Arbeit" erlassen (vgl. §§ 19 Abs. 1 Ziff. 6, 32 Abs. 2 AOG); diese waren weisungsgebundene, direkt dem Reichsarbeitsministerium unterstellte Beamte, die auch die Einhaltung der "Betriebsordnungen" überwachten (vgl. § 19 Abs. 1 Ziff. 5 AOG) und Richtlinien für deren Ausarbeitung erließen (vgl. §§ 19 Abs. 1 Ziff. 6, 32 Abs. 1 AOG). Für den Erlaß der "Betriebsordnungen" waren die "Führer der Betriebe" zuständig (vgl. §§ 26 ff. AOG); in öffentlichen Betrieben und Verwaltungen erließen die "Betriebsführer" "Dienstordnungen" (vgl. § 16 f. AOGÖ), die nur auf Arbeiter und Angestellte anwendbar waren. Diese "Ordnungen" traten an die Stelle der früheren Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen; die damit erfolgte Einführung des "Führerprinzips" wurde durch eine Orientierung der Terminologie am alten Rechtszustand verhüllt und somit erleichtert[21].-

---

17) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (82).

18) Zur Deutschen Arbeitsfront vgl. bereits oben (28), Fußn. 15.

19) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (82).

20) Vgl. auch Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (80 f.).

21) Vgl. auch Ramm, KritJ 1968 (111).

Der Entwurf von 1938 folgt - seiner herrschaftlichen Grundlage (dem nationalsozialistischen "Führerprinzip") entsprechend - der zweiten aufgezeigten Regelungsmöglichkeit für Jahresurlaubsbestimmungen, d.h. der Urlaub wird "gewährt" (vgl. § 77), es ist also eine rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung des Arbeitgebers erforderlich; dieses wird durch die verwendeten Formulierungen "gewähren" (§ 82; vgl. auch § 77), "erteilen" (§ 78) und "Anspruch auf Urlaub" (§ 83; vgl. auch § 79) deutlich.- "Der Urlaubsanspruch erlischt" gemäß § 79 S. 1, "wenn der Gefolgsmann es schuldhaft unterlassen hat, ihn bis zum 1. April des folgenden Jahres geltend zu machen".

§ 82 Abs. 2 regelt:

> "Endigt das Arbeitsverhältnis vor Gewährung des Urlaubs, so ist der Urlaubsanspruch durch Zahlung des Betrages abzugelten, den der Gefolgsmann während des Urlaubs als Lohn zu erhalten gehabt hätte. In anderen Fällen kann der Urlaubsanspruch nicht abgegolten werden."

Die Bestimmungen der §§ 79 S. 1, 82 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs von 1938 entsprechen grundsätzlich den Regelungen der §§ 102, 100 Abs. 2 des Entwurfs von 1923, auch hier verliert der Arbeitnehmer sowohl den Urlaubsanspruch als auch den Abgeltungsanspruch, wenn er versäumt, den Anspruch fristgemäß "geltend zu machen". Entsprechend der gerichtsfeindlichen Einstellung des Entwurfs von 1938 konnte die "Geltendmachung" allerdings auch "außergerichtlich" (z.B. bei der Deutschen Arbeitsfront) erfolgen[22].- "Der Gefolgsmann darf" nach § 81 "während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende entgeltliche Tätigkeit ausüben. Für jeden Tag, an dem er diesem Verbot zuwidergehandelt hat, entfällt der Anspruch auf den Lohn." Diese Regelung stimmt - in der Rechtsfolge etwas gemildert - mit dem § 98 des Entwurfs von 1923 überein, nach dem der

---

22) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (82).

Arbeitnehmer "jeden Anspruch auf Urlaubsentgelt" verliert. Der jeweilige Satz 1 der Bestimmungen entspricht dem heute geltenden § 8 BUrlG:

> "Während des Urlaubs darf der Arbeitnehmer keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten."

Die Erforderlichkeit einer derartigen Regelung wird 1938 damit begründet, daß "der Gefolgsmann ... nicht nur gegen die Treuepflicht" verstoße, "sondern ... auch die Belange der Volksgemeinschaft" verletze[23].- "Hat der Gefolgsmann gröblich gegen seine Treupflicht verstoßen und ist er deshalb fristlos entlassen, so entfällt" gemäß § 83 "der Anspruch auf Urlaub". Diese Regelung entspricht insoweit dem § 100 Abs. 1 des Entwurfs von 1923. Sie wird 1938 damit begründet, daß "dem Unternehmer diese Art der Fürsorge" ("Urlaubspflicht" die "nach jetziger Ansicht aus der Fürsorgepflicht" hervorgehe) "mindestens dann nicht wohl angesonnen werden" könne, "wenn der Gefolgsmann selbst gröblich gegen seine Treuepflicht verstoßen" habe "und deshalb fristlos entlassen worden" sei[24]. Diese Beispiele machen deutlich, daß die Urlaubsregelungen im Entwurf von 1938 - soweit sie einen begrifflichen Inhalt haben - weitgehend den Regelungen des Entwurfs von 1923 entsprechen; allerdings ist die Terminologie der nationalsozialistischen Ideologie angepaßt ("Gefolgsmann", "Unternehmer"). Die entscheidende Änderung ist jedoch darin zu sehen, daß die Regelungen z.T. mit Leerwörtern wie "Treupflicht" (vgl. § 83) versehen sind, die eine "Auslegung" im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie ermöglichen.-

Ein Beispiel für eine Sonderurlaubsregelung ist § 110 des Entwurfs:

> "Nach der Kündigung sowie vor Ablauf eines auf Zeit geltenden Arbeitsverhältnisses muß der Unternehmer dem Gefolgsmann auf Verlangen ausreichende Zeit zum

---

23) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (83).

24) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (84).

Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle unter Fortzahlung des Lohnes gewähren."

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem § 162 des Entwurfs von 1923.

IV. Der Entwurf von 1977:

Der Jahresurlaub wird im Entwurf von 1977 in den §§ 62 bis 68 geregelt. Wie die Entwürfe von 1923 und 1938 ist auch im Entwurf von 1977 die zweite aufgezeigte Regelungsmöglichkeit für gesetzliche Urlaubsbestimmungen gewählt, der Urlaub wird also vom Arbeitgeber "gewährt", es ist folglich eine rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung des Arbeitgebers erforderlich; dieses wird deutlich durch die gewählten Formulierungen "Anspruch auf Urlaub" bzw. "Anspruch auf Jahresurlaub" (vgl. §§ 62, 63, 63 a, 63 b), "gewährt", "gewährten" bzw. "gewähren" (vgl. §§ 63 b, 64, 65, 67). Diese auch vom Entwurf von 1977 gewählte Regelungsart beruht - wie aufgezeigt - auf einem Denken, welches das Arbeitsverhältnis als Herr-Diener-Verhältnis verstand. Urlaub war demgemäß etwas, was der Arbeitgeber (der Herr) seinem Arbeitnehmer (seinem Diener) "gewährte", damit es diesem auch einmal möglich sei, "sich ... als freier Mensch zu fühlen"[25]. Spätere Entwürfe und Gesetze (so auch das Bundesurlaubsgesetz) haben diese Regelungsart lediglich übernommen. Dem Verständnis, das wir heute vom Arbeitsverhältnis haben, entspricht diese Regelungsart allerdings nicht. Denn das Arbeitsverhältnis ist als schuldrechtliches Verhältnis - ebenso wie jedes andere rechtliche Verhältnis - gerade kein Herrschaftsverhältnis. Ein Herrschaftsverhältnis ist im Unterschied zu einem rechtlichen Verhältnis, das ein Verhältnis zwischen Personen ist , ein einseitiges Verhältnis einer Person zu einem beherrschten Gegenstand, der auch ein Mensch sein kann. Ein rechtliches Verhältnis ist ein personhaftes

---

25) So - wie bereits ausgeführt - Vallbracht, a.a.O. (86).

Ordnungsverhältnis zwischen Menschen[26] und hat somit nach seinem Begriff nicht den Inhalt, daß ein daran Beteiligter über den anderen Herrschaft ausübt. Ein rechtliches Verhältnis hat vielmehr den Inhalt zu gewährleisten, daß die daran Beteiligten gemäß ihren eigenen Entschlüssen existieren können, was einem der Herrschaft eines anderen unterworfenen Menschen aber gerade genommen ist[27]. Arbeitsverhältnisse sollten als schuldrechtliche Verhältnisse de lege ferenda aufgrund entsprechender gesetzlicher Tatbestände unmittelbar den Inhalt erhalten, während eines dem Mindestumfang nach gesetzlich bestimmten Teils eines Jahres keine Arbeitsleistungspflichten, jedoch die Urlaubsentgeltspflicht zu bedingen. Der Arbeitgeber schuldet dem Arbeitnehmer gegenüber dann lediglich, die Bestimmung des Zeitpunktes des Urlaubsbeginns vorzunehmen. Bezüglich der Festlegung des Urlaubsbeginns sollte das Ermessen des Arbeitgebers eingeschränkt sein, wie dieses insoweit bereits in § 65 Abs. 1 S. 1 (der dem § 7 Abs. 1 BUrlG entspricht) vorgesehen ist.-

In den Urlaubsregelungen des Entwurfs von 1977 werden überwiegend die Worte "Urlaub" (vgl. §§ 62, 63 b, 65, 66, vor § 67, 67) und "Jahresurlaub" (vgl. §§ 63, 63 a) verwandt, lediglich in § 68 tritt die Bezeichnung "Erholungsurlaub" auf. Da - wie bereits ausgeführt - die Zweckbestimmung "zum Zweck der Erholung" nicht Inhalt des Begriffs Jahresurlaub ist, sollte auf die Bezeichnung "Erholungsurlaub" ganz verzichtet werden. Entsprechend ist eine Änderung der Formulierung des § vor § 67 erforderlich; gegebenenfalls sollte ganz von dieser Regelung abgesehen werden.

§ vor § 67 lautet:

> "Während des Urlaubs soll der Arbeitnehmer keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten."

---

26) Vgl. Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 1 A (1 ff.).

27) Vgl. dazu auch Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 1 B II c (37 f.).

Der zuständige Ausschuß hatte vorgesehen, den § 8 BUrlG wörtlich zu übernehmen; die Bestimmung sollte deshalb folgenden Inhalt erhalten:

"Während des Urlaubs darf der Arbeitnehmer keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten."

Diese Regelung ist von der Arbeitsgesetzbuchkommission in eine sog. "Sollvorschrift" abgeändert worden. Dem § 8 BUrlG entsprechende Regelungen sind bereits im Entwurf von 1923 (dort § 98 S. 1) und im Entwurf von 1938 (dort § 81 S. 1) vorgesehen gewesen. Sie entstammen somit einer Zeit, in der eine gewisse Bevormundung des Arbeitnehmers für erforderlich und rechtens erachtet wurde. Ob heute eine entsprechende Regelung geboten ist, ist zweifelhaft. Ähnliche Erwägungen wird auch die Arbeitsgesetzbuchkommission angestellt haben, als sie die Bestimmung in eine sog. "Sollvorschrift" abgeändert hat. Die richtige Konsequenz wäre jedoch gewesen, auf eine entsprechende Regelung ganz zu verzichten[28].-

§ 65 Abs. 3 enthält die Formulierungen, der Urlaub sei "zu gewähren und zu nehmen" bzw. "zu gewähren und anzutreten". Diese Formulierungen sind verfehlt, da nach beiden einleitend dargelegten Regelungsmöglichkeiten für Urlaubsbestimmungen ein "nehmen" bzw. "antreten" des Jahresurlaubs durch den Arbeitnehmer begrifflich ausgeschlossen ist, obgleich in der Umgangssprache ein derartiger Wortgebrauch als Bezeichnung für die "Gewährung" von Urlaub üblich ist. Zwar ist es theoretisch denkbar, den Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Regelungen dem Arbeitgeber gegenüber zu berechtigen, den Zeitpunkt des Urlaubsbeginns selbst festzulegen, zweckmäßig ist eine derartige Regelung jedoch nicht. Sowohl nach der vom Entwurf gewählten als auch nach der alternativ aufgezeigten Regelungsmöglichkeit für Urlaubsbestimmungen ist eine Mit-

---

28) Überraschend ist in diesem Zusammenhang, daß der DGB-Entwurf in § 76 = § 75 in der Fassung RdA 1977 (173) den § 8 BUrlG unverändert übernimmt; a.A. auch die Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (25).

wirkungshandlung des Arbeitnehmers nicht erforderlich. Dem Arbeitnehmer obliegt es gemäß § 65 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs (entsprechend gemäß § 7 Abs. 1 BUrlG) lediglich, einen "Urlaubswunsch" zu äußern, d.h. eine Erklärung des Inhalts abzugeben, welchen Zeitpunkt er für den Beginn seines Jahresurlaubs vorgesehen hat. Diese Erklärung hat allerdings mit dem "Urlaub ... nehmen" bzw. "Urlaub ... antreten" in § 65 Abs. 3 des Entwurfs nichts zu tun. Kommt der Arbeitnehmer seiner Obliegenheit nicht nach und existiert keine einschlägige Betriebsvereinbarung, so ist der Arbeitgeber in der Festsetzung des Beginns des Urlaubs frei.- Die Formulierungen des § 65 Abs. 3, nach denen der Urlaub "zu gewähren und zu nehmen" bzw. "zu gewähren und anzutreten" ist, stellen ein Redaktionsversehen dar, das dem Gesetzgeber bereits in § 7 Abs. 3 BUrlG unterlaufen ist. Die Worte "und zu nehmen" bzw. "und anzutreten" sind ersatzlos zu streichen.-

Die Jahresurlaubsbestimmungen des Entwurfs von 1977 entsprechen weitgehend den Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes, es kann deshalb davon abgesehen werden, alle Bestimmungen umfassend darzustellen. Die vorgesehene Wartezeit beträgt gemäß § 63 a sechs Monate, dieses entspricht § 4 BUrlG. Die gesetzliche Mindesturlaubsdauer ist in § 62 Abs. 3 von der Arbeitsgesetzbuchkommission noch nicht geregelt worden[29].

§ 62 Abs. 3 S. 3 bestimmt:

> "Ist die Arbeit regelmäßig an mehr als 5 Tagen in der Woche zu leisten, so erhöht sich die Mindestdauer entsprechend; ist die Arbeit regelmäßig an weniger als 5 Tagen zu leisten, so verkürzt sich die Mindestdauer des Urlaubs entsprechend."

Durch diese Regelung wird die Mindestdauer des Jahresurlaubs von der Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage abhängig gemacht[30].-

---

29) Vgl. dazu Hanau, ZRP 1978 (220).

30) Ablehnend dazu die Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (25).

In § 63 a ist geregelt:

> "Bruchteile von Urlaubstagen sind auf volle Urlaubstage aufzurunden, wenn sie mindestens einen halben Urlaubstag ergeben; sie sind auf volle Urlaubstage abzurunden, wenn sie weniger als einen halben Urlaubstag ergeben."

Anders als § 5 Abs. 2 BUrlG trifft der Entwurf in § 63 a eine eindeutige Regelung, daß Bruchteile von Urlaubstagen, die weniger als einen halben Urlaubstag ergeben, auf volle Urlaubstage abzurunden sind; dieses entspricht allerdings nicht der derzeitigen Rechtslage[31].-

Ein Beispiel für Sonderurlaubsregelungen im Entwurf von 1977 ist § 54 Abs. 2:

> "Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Arbeitnehmer auf sein Verlangen im zeitlichen Zusammenhang mit den folgenden Ereignissen von der Arbeitsleistung freizustellen:
>
> 1. bei seiner Heirat für zwei Arbeitstage,
> 2. bei der Heirat seines Kindes für einen Arbeitstag,
> 3. bei Entbindung der Ehefrau für einen Arbeitstag,
> 4. beim Tode des Ehegatten für zwei Arbeitstage,
> 5. beim Tode seines Bruders, seiner Schwester, eines Verwandten auf- oder absteigender Linie oder eines sonstigen mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Angehörigen für einen Arbeitstag,
> 6. bei Wohnungswechsel für einen Arbeitstag, im Zusammenhang mit der Versetzung an einen anderen Ort für zwei Arbeitstage."

Ein weiteres Beispiel für eine Sonderurlaubsregelung ist § 112 Abs. 1:

> "Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Arbeitnehmer auf sein Verlangen vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine zur Arbeitssuche angemessene Zeit von der Arbeit freizustellen."

---

31) Str., vgl. dazu van Gelder / Leinemann, Übungen im Arbeitsrecht (86 ff.) m.w.N.

Regelungen dieses Inhalts, die dem § 629 BGB entsprechen, waren auch - wie dargelegt - in den früheren Entwürfen vorgesehen.- Alle aufgezeigten Sonderurlaubsbestimmungen haben zum Inhalt, daß der Arbeitgeber zu einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet wird ("ist verpflichtet ... freizustellen"), der Sonderurlaub entsteht nicht kraft Gesetzes.

V. Der DGB-Entwurf:

Der Jahresurlaub ist im DGB-Entwurf in den §§ 68 bis 77[32] geregelt. Die Regelungen stimmen weitgehend mit den Jahresurlaubsbestimmungen des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission überein, so daß hier nur Besonderheiten aufgezeigt werden sollen. Der gesetzliche Mindesturlaub soll nach § 68 Abs. 3[33] des Entwurfs bei 5-tägiger Arbeitswoche für erwachsene Arbeitnehmer 20 Arbeitstage, für jugendliche Arbeitnehmer 30 Arbeitstage und für im Bergbau unter Tage beschäftigte jugendliche Arbeitnehmer 35 Tage betragen.- Gemäß § 70[34] sind Bruchteile von Urlaubstagen auf volle Urlaubstage aufzurunden; dieses hat zur Folge, daß auch Bruchteile von Urlaubstagen, die weniger als einen halben Urlaubstag ergeben, auf volle Urlaubstage aufzurunden sind (anders § 63 a des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission).- Nach § 77[35] gelten die Jahresurlaubsbestimmungen auch für einen über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Jahresurlaub, "soweit bei gesetzlicher oder tarifvertraglicher Regelung nichts anderes bestimmt ist"; d.h. aufgrund einer einzelvertraglichen Regelung kann auch bezüglich des Urlaubs, der den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigt, nicht von den Jahresurlaubsbestimmungen abgewichen werden, es sei denn, gesetzlich oder tarifvertraglich

---

32) = §§ 67 bis 76 in der Fassung RdA 1977 (173).
33) = § 67 Abs. 3 in der Fassung RdA 1977 (173).
34) = § 69 in der Fassung RdA 1977 (173).
35) = § 76 in der Fassung RdA 1977 (173).

ist etwas anderes bestimmt. § 68 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission läßt demgegenüber, "soweit ... nichts anderes bestimmt ... ist", bezüglich des über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Jahresurlaub auch den einzelvertraglichen Ausschluß von gesetzlichen Jahresurlaubsbestimmungen zu.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß nach allen Entwürfen der Urlaub "gewährt" wird. Diese auch im Bundesurlaubsgesetz gewählte Regelungsart stellt zumindest hinsichtlich des sprachlichen Ausdrucks einen Überrest herrschaftlichen Denkens dar. Des weiteren ist in allen Entwürfen eine dem § 8 BUrlG entsprechende Bestimmung enthalten. Abgesehen davon, daß ein "Erholungszweck" nicht Merkmal des Begriffs Jahresurlaub ist, stellen diese Regelungen eine Bevormundung des Arbeitnehmers dar. Urlaub ist eine Gegenleistung für erbrachte Arbeitsleistungen; welcher Tätigkeit der Arbeitnehmer während dieser Zeit nachgeht, sollte ihm überlassen bleiben. Eine dem § 8 BUrlG entsprechende Regelung sollte deshalb nicht in das zu schaffende Arbeitsvertragsgesetz übernommen werden.

## § 12 Gesetzlicher Übergang von Arbeitsverhältnissen aufgrund rechtsgeschäftlicher Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils?

### I. Einleitung

Es soll untersucht werden, ob in den einzelnen Entwürfen gesetzliche Tatbestände des Arbeitsverhältnisübergangs für den Fall der rechtsgeschäftlichen Betriebsübernahme vorgesehen sind.

Aufgrund der rechtsgeschäftlichen Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils durch einen anderen Inhaber enden die Arbeitsverhältnisse der in diesem Betrieb bzw. Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer nicht. Die früher sehr umstrittene Rechtslage bei einer Betriebsübertragung[1] ist durch den 1972 neu in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügten § 613 a dahingehend geregelt worden[2]. Nach § 613 a BGB tritt, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergeht, dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. § 613 a Abs. 1 BGB stellt damit seinem Inhalt nach einen Tatbestand eines gesetzlichen Rechtsverhältnisübergangs dar, d.h. der neue Betriebsinhaber wird kraft Gesetzes statt des alten Arbeitgebers als Dienstberechtigter an den Arbeitsverhältnissen beteiligt. Die von Küchenhoff[3] vertretene Ansicht, "das Arbeitsverhältnis als personenbezogener Rechtszusammenhang" bleibe "zwischen den bisher daran Beteiligten erhalten, auch wenn die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten eines Partners auf den anderen" übergin-

---

1) Vgl. Alfred Hueck in Hueck / Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, § 54 III (514 f.); Nikisch, Arbeitsrecht, Erster Band, § 46 II (657 f.).

2) Vgl. dazu auch Schaub, a.a.O., § 118 (562 ff.); Söllner, Arbeitsrecht, § 34 I (227); Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 C (197); Zöllner, Arbeitsrecht, § 20 III (158 ff.).

3) Küchenhoff in Erman, a.a.O., § 613 a Rdn. 40 (1561).

gen, denn "das Ganze" sei "nicht identisch mit der Summe seiner Teile", ist verfehlt. Das Arbeitsverhältnis ist nicht die Summe der Rechte und Pflichten, die es während der Dauer seiner Existenz bedingt, vielmehr ist es der Entstehungstatbestand dieser Rechte und Pflichten. Ein durch § 613 a Abs. 1 BGB bewirktes "Eintreten" in die Rechte und Pflichten aus den ... Arbeitsverhältnissen", die erst zukünftig entstehen werden, kann nur dadurch erfolgen, daß der neue Betriebsinhaber kraft Gesetzes als Arbeitgeber an den Arbeitsverhältnissen beteiligt wird.- Der allerdings in § 613 a Abs. 1 BGB tatbestandsmäßig vorausgesetzte "Betriebsübergang" "durch Rechtsgeschäft" ist nicht möglich, da ein Betrieb bzw. Betriebsteil als Gesamtheit von Gegenständen nur in der Weise übertragbar ist, daß jeder dazu gehörende übertragbare Gegenstand, insbesondere jedes vermögensrechtliche Verhältnis, einzeln übertragen wird und bezüglich nicht übertragbarer Gegenstände diejenigen Handlungen vorgenommen werden, die den Erwerber in die Lage versetzen, einen derartigen Gegenstand so zu nutzen, wie der Veräußerer ihn nutzen könnte[4]. Inhalt des § 613 a Abs. 1 BGB kann deshalb nur sein, daß der gesetzliche Arbeitsverhältnisübergang in dem Zeitpunkt eintritt, in dem der den Betrieb Übernehmende Inhaber wird; d.h., daß er rechtlich für die Entscheidungen zuständig wird, die die Gesamtheit der Gegenstände betreffen, die als Bedingung einer bestimmten Produktion zusammengestellt sind (Betrieb), er also die rechtliche Entscheidungsbefugnis bezüglich der Produktionsbedingungen erlangt.-

Das Bundesarbeitsgericht vertritt in seinem Urteil vom 2.10.1974[5] die Ansicht, daß, wenn "ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übertragen" werde, "der Widerspruch eines in diesem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmers den Übergang des Arbeitsverhältnisses

---

4) So Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 C (197); vgl. dazu auch Schaub, a.a.O., § 118 II 2 (564).

5) BAG AP Nr. 1 zu § 613 a BGB.

auf den Erwerber" ausschließe. "In einem solchen Fall" bleibe "das Arbeitsverhältnis zu dem Veräußerer bestehen"[6].- Zur Begründung führt das Bundesarbeitsgericht aus, "ein Schuldnerwechsel" setze "analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB die Zustimmung des Gläubigers voraus. Dies" gelte "auch für das Recht des Arbeitsvertrages". "Unser Recht" lasse "schon um der menschlichen Würde willen einen 'Verkauf' des Arbeitnehmers gegen seinen Willen nicht zu". "Das personale Element des Arbeitsverhältnisses" dürfe "nicht außer Acht gelassen werden".- Da "nach dem Wortlaut des Gesetzes der Arbeitgeberwechsel ohne Rücksicht auf den Arbeitnehmerwillen angeordnet" sei, handelt es sich bei dem vom Bundesarbeitsgericht begründeten Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach Seiter[7] um eine "richterrechtliche Gesetzeskorrektur".-

Den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts kann nicht gefolgt werden. Da § 613 a Abs. 1 BGB ein Tatbestand eines gesetzlichen Rechtsverhältnisübergangs ist, ist § 415 Abs. 1 S. 1 BGB auch analog nicht anwendbar[8]. Ebenso vermögen die "menschliche Würde" des Arbeitnehmers sowie das "personale Element" des Arbeitsverhältnisses die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts nicht zu begründen. Bei einem Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein schuldrechtliches Verhältnis, das gerade kein "personales Element"enthält[9].- Auch eine "richterrechtliche Gesetzeskorrektur" scheidet aus, da "Richterrecht"nicht möglich ist[10].-

---

6) Ob dieses auch dann gelten soll, wenn der ganze Betrieb übertragen wird, läßt das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung ausdrücklich offen; vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 613 a BGB (Bl. 865 (Rückseite)). In seinem Urteil vom 21.7.1977 - BAG AP Nr. 8 zu § 613 a BGB - stellt es dann jedoch fest, daß der Widerspruch des Arbeitnehmers auch bei Übernahme des ganzen Betriebs durch einen neuen Inhaber den Arbeitsverhältnisübergang ausschließe.

7) Seiter, Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 613 a BGB, insbesondere (Bl. 869 (Rückseite)).

8) Vgl. dazu auch oben (112 ff.).

9) Vgl. dazu bereits oben (19 ff.).

10) Vgl. dazu bereits oben (7 ff.).

§ 613 a Abs. 1 BGB ist ein gesetzlicher Tatbestand, der seinem Inhalt nach den neuen Inhaber des Betriebs oder Betriebsteils an den Arbeitsverhältnissen der in diesem Betrieb bzw. Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer unabhängig von deren Willen - aber unbeschadet der Kündigungsmöglichkeiten - als Dienstberechtigten beteiligt[11]. Aufgrund des Wechsels der Person des Arbeitgebers wird kraft Gesetzes eine Inhaltsänderung des Arbeitsverhältnisses bewirkt, denn zum Inhalt eines Arbeitsverhältnisses gehört auch, daß es zwischen bestimmten Personen wirkt (vgl. § 613 BGB).

Da der gesetzliche Übergang der Arbeitsverhältnisse nicht durch eine vertragliche Abrede zwischen dem Veräußerer des Betriebs oder Betriebsteils und dem Übernehmenden ausgeschlossen werden kann, wird deren rechtsgeschäftliche Freiheit durch § 613 a BGB insoweit eingeschränkt.

Diese aufgezeigten Wirkungen können durch ein entsprechendes rechtliches Gesetz bedingt werden[12].

II. Der Entwurf von 1923:

§ 25: "(1) Wird ein Unternehmen veräußert oder aus anderem Rechtsgrunde von einem Dritten fortgeführt, so sind Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel übertragbar und übertragen.

(2) Mit den Ansprüchen gegen den Arbeitnehmer gehen auch die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrage des früheren Arbeitgebers auf den neuen Arbeitgeber über. Für ihre Erfüllung haftet der frühere Arbeitgeber bis zum ersten Zeitpunkte, zu dem der Arbeitnehmer kündigen könnte, wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat."

---

11) A.A. Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 C (197).

12) A.A. Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 C (197).

§ 25 Abs. 1 stellt lediglich eine gesetzliche Vermutung ("im Zweifel") dar[13], bewirkt also nicht, daß der neue Betriebsinhaber kraft Gesetzes statt des alten Arbeitgebers als Dienstberechtigter an den Arbeitsverhältnissen beteiligt wird[14].- Obwohl § 25 die Formulierungen "Ansprüche auf Arbeitsleistung", "Ansprüchen gegen den Arbeitnehmer", "Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrage" enthält, betrifft diese Bestimmung die rechtsgeschäftliche Arbeitsverhältnisübernahme; dieses wird durch die Formulierungen "früheren Arbeitgebers", "neuen Arbeitgeber" deutlich. Der gewählte Wortlaut - insbesondere auch der des § 25 Abs. 2 S. 1 - ist daraus zu erklären, daß der rechtsgeschäftlich bewirkte Wechsel eines Beteiligten an einem Arbeitsverhältnis dogmatisch noch nicht abschließend geklärt war[15]. Der rechtsgeschäftliche Eintritt eines neuen Dienstberechtigten wird deshalb im Entwurf nicht geregelt[16]. Zur rechtsgeschäftlichen Übernahme des Arbeitsverhältnisses durch einen neuen Dienstberechtigten bedarf es des zumindest stillschweigend zu erklärenden Einverständnisses des Arbeitnehmers. Ohne dieses Einverständnis kann ein Arbeitsverhältnis nicht aufgrund eines Rechtsgeschäfts (Rechtsverhältnisübernahmevertrag) auf einen neuen Arbeitgeber übergehen, denn zum Inhalt eines Arbeitsverhältnisses gehört auch, daß es zwischen bestimmten Personen wirkt. Dieser Inhalt des Arbeitsverhältnisses wird durch seinen Entstehungstatbestand (im Regelfall ein Arbeitsvertrag) bedingt. Eine einseitige Änderung des Inhalts eines Rechtsverhältnisses kann durch eine Partei nur bewirkt werden, wenn sie dazu berechtigt ist[17]. Diese

---

13) So auch Krejci, a.a.O. (239); zu gesetzliche Vermutung siehe Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 9 B II (341 f.).

14) Vgl. auch "Denkschrift" (16) unter "I. Arbeitsleistung, 4.".

15) Vgl. dazu Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (179 ff.).

16) Vgl. dazu auch Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (182).

17) A.A. Krejci, a.a.O. (139 f.), der davon ausgeht, daß der rechtsgeschäftlich bewirkte Arbeitsverhältnisübergang grundsätzlich auch "ohne Zustimmungserfordernis des Arbeitnehmers" möglich sei.

Berechtigung kann durch eine vertragliche Abrede oder aufgrund des erklärten Einverständnisses der anderen Partei erfolgen. Anders verhält es sich lediglich, wenn ein entsprechender gesetzlicher Tatbestand gegeben ist (vgl. § 613 a Abs. 1 BGB), der den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber unabhängig vom Einverständnis des Arbeitnehmers bedingt; ein solcher ist im Entwurf von 1923 jedoch nicht vorgesehen.

§ 25 Abs. 2 S. 2 enthält die Regelung, daß, wenn durch Rechtsgeschäft ein Arbeitgeberwechsel bewirkt ist, der frühere Arbeitgeber für die aufgrund des Arbeitsverhältnisses bedingten Verpflichtungen des neuen Arbeitgebers bis zu dem ersten Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer kündigen könnte, wie ein Bürge haftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.

III. Der Entwurf von 1938:

§ 90: "(1) Geht ein Betrieb als Ganzes, wenn auch unter Abstoßung einzelner Teile oder unter Aufgabe einzelner Betriebszweige, in andere Hände über, so tritt der neue Unternehmer in die bestehenden Arbeitsverhältnisse mit dem Tage des Übergangs ein. Eine abweichende Regelung durch Vereinbarung zwischen dem bisherigen und dem neuen Unternehmer ist nichtig.

(2) Der bisherige Unternehmer haftet neben dem neuen Unternehmer für Ansprüche der Gefolgsmänner:

1. als Gesamtschuldner, soweit sie vor dem Übergang fällig geworden sind,
2. als Bürge, soweit sie nach dem Übergang, aber vor dem Zeitpunkte fällig werden, an dem das Arbeitsverhältnis beendet wäre, wenn es am Tage des Betriebsübergangs gekündigt worden wäre.

(3) Die Vorschrift des Absatzes 2 ist zwingend."

§ 90 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs bewirkt - ebenso wie § 613 a BGB -, daß, wird "ein Betrieb als Ganzes" übertragen, der neue Betriebsinhaber kraft Gesetzes statt des alten Arbeitgebers als Dienstberechtigter an den bestehenden Arbeitsverhältnissen beteiligt wird[18]; die gewählte Formulierung ("tritt ... in die ... Arbeitsverhältnisse ... ein") ist wegen ihrer Eindeutigkeit gegenüber dem Wortlaut des § 613 a Abs. 1 BGB ("tritt ... in die Rechte und Pflichten ... aus den ... Arbeitsverhältnissen ein") zu bevorzugen.- Mit dieser Regelung ist erstmals vorgesehen, daß die Möglichkeit des neuen Inhabers, die Übernahme einzelner Arbeitnehmer abzulehnen, rechtlich ausgeschlossen ist. Der neue Betriebsinhaber kann nach dem Entwurf nur unter den gleichen Voraussetzungen wie der bisherige Arbeitgeber den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern kündigen. Übereinstimmend mit § 613 a Abs. 1 BGB sieht § 90 Abs. 1 des Entwurfs kein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers vor, welches den Übergang des Arbeitsverhältnisses ausschließt.

Eine unabdingbare (vgl. § 90 Abs. 3) Weiterhaftung des alten Arbeitgebers ist in dem dort bestimmten Umfang in § 90 Abs. 2 vorgesehen. Bezüglich des Zeitpunktes des Arbeitgeberwechsels ("mit dem Tage des Übergangs", vgl. § 90 Abs. 1 S. 1) kann auf die Ausführungen zu § 613 a BGB verwiesen werden, auch hier ist zu berücksichtigen, daß die Übertragung eines Betriebs, der eine Gesamtheit von Gegenständen ist, durch einen einheitlichen Übertragungsakt nicht möglich ist.

IV. Der Entwurf von 1977:

§ 80 f Abs. 1: "(Übergang des Arbeitsverhältnisses)
Wird ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übertragen, so gehen die in dem Betrieb oder Betriebsteil bestehenden Arbeitsver-

---

18) Vgl. dazu Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (90 f.); Hueck, ZAkDR 1938 (301); Krejci, a.a.O. (240 f.).

hältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Inhaber über. Bei der Übertragung eines Betriebsteils geht das Arbeitsverhältnis nicht auf den neuen Inhaber über, wenn der Arbeitnehmer innerhalb von zwei Wochen nach der Bekanntgabe des Übergangs widerspricht."

§ 80 f Abs. 1 S. 1 entspricht inhaltlich der Regelung des § 613 a Abs. 1 BGB, es kann deshalb auf die dort erfolgten Ausführungen verwiesen werden; die gewählte Formulierung ("gehen die ... Arbeitsverhältnisse ... über") stellt eindeutig klar, daß es sich um einen Tatbestand eines gesetzlichen Rechtsverhältnisübergangs handelt.- Mit § 80 f Abs. 1 S. 2 hat die Arbeitsgesetzbuchkommission eine gesetzliche Regelung vorgesehen, die der Rechtslage entspricht, die das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 2.10.1974[19] durch eine "Gesetzesanalogie" zu § 415 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. durch eine "richterrechtliche Gesetzeskorrektur" zu begründen versucht hat. Die spätere Rechtsprechung, die dem Arbeitnehmer auch bei Übertragung des ganzen Betriebs ein Widerspruchsrecht gewährt[20], ist im Entwurf nicht übernommen worden.

§ 80 h verpflichtet den alten Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer einen bevorstehenden Arbeitgeberwechsel rechtzeitig mitzuteilen. Nach § 80 i ist der Arbeitnehmer berechtigt "unbeschadet einer sonstigen Kündigungsbefugnis" "aus Anlaß des Arbeitgeberwechsels" zu kündigen. § 80 g Abs. 2 und 3 regeln die Weiterhaftung des bisherigen Arbeitgebers.

V. Der DGB-Entwurf:

§ 98[21]: "(Übergang der Arbeitsverhältnisse)
Tritt an die Stelle des bisherigen Inhabers eines Betriebs oder Betriebsteils ein neuer Inhaber, so gehen mit diesen Zeitpunkt die Rechte und Pflichten

---

19) BAG AP Nr. 1 zu § 613 a BGB.

20) Vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 613 a BGB.

21) = § 97 in der Fassung RdA 1977 (175).

aus den Arbeitsverhältnissen der in dem Betrieb oder Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer kraft Gesetzes auf den neuen Betriebsinhaber über, es sei denn, daß der Arbeitnehmer dem Übergang widerspricht."

Auch der in § 98 des DGB-Entwurfs geregelte Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebsinhaber entspricht inhaltlich der Bestimmung des § 613 a BGB. Abweichend vom Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission ist im DGB-Entwurf vorgesehen, daß die Beteiligung des neuen Inhabers als Dienstberechtigter an einem Arbeitsverhältnis eines im Betrieb bzw. Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmers auch bei Übernahme des ganzen Betriebs nicht bewirkt wird, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang widerspricht. Der DGB-Entwurf übernimmt damit die derzeitige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts[22)].

Eine Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers bezüglich des Inhaberwechsels ist in § 99[23)] vorgesehen. § 100[24)] bestimmt, daß der Arbeitnehmer "aus Anlaß des Betriebswechsels" berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. § 102[25)] bestimmt die gesamtschuldnerische Haftung des bisherigen und des neuen Arbeitgebers "für Verpflichtungen, die vor dem Inhaberwechsel fällig geworden sind oder vor Ablauf eines Jahres nach dem Inhaberwechsel fällig werden".

Bis auf den Entwurf von 1923 enthalten alle Entwürfe Regelungen, die bei einem Wechsel des Betriebsinhabers kraft Gesetzes bewirken, daß der neue Inhaber statt des alten Arbeitgebers als Dienstberechtigter an den Arbeitsverhältnissen der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer beteiligt

---

22) Vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 613 a BGB.

23) = § 98 in der Fassung RdA 1977 (175).

24) = § 99 in der Fassung RdA 1977 (175).

25) = § 101 in der Fassung RdA 1977 (175).

wird; die neueren Entwürfe sehen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auch dann vor, wenn nur ein Betriebsteil von einem anderen Inhaber fortgeführt wird und der betreffende Arbeitnehmer in diesem Betriebsteil beschäftigt ist. Wird eine entsprechende Regelung geschaffen, so muß der Wortlaut eindeutig klarstellen, daß es sich um einen Tatbestand eines gesetzlichen Rechtsverhältnisübergangs handelt, die Formulierungen der Entwürfe von 1938 und 1977 sind insoweit gegenüber dem Wortlaut des § 613 a Abs. 1 BGB zu bevorzugen. Der Zeitpunkt des Arbeitgeberwechsels muß begrifflich genau bestimmt werden, wobei zu berücksichtigen ist, daß ein Betrieb eine Gesamtheit von Gegenständen, also mehrere Gegenstände sind, die nur einzeln übertragen werden können, bzw. bezüglich nicht übertragbarer Gegenstände die Handlungen vorgenommen werden müssen, die es dem Erwerber ermöglichen, einen derartigen Gegenstand zu nutzen, wie der Veräußerer ihn nutzen könnte[26]. Dementsprechend ist es verfehlt das Tatbestandsmerkmal "Zeitpunkt des Betriebsübergangs" (vgl. § 613 a Abs. 1 BGB) zu übernehmen, denn die erforderlichen Rechtsgeschäfte und Realakte werden sehr oft zeitlich (z.T. erheblich) auseinanderfallen.

Hält der Gesetzgeber ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, welches den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses ausschließt, für geboten, so ist es erforderlich, dieses Widerspruchsrecht gesetzlich zu regeln, wie dieses in den neueren Entwürfen in unterschiedlichem Umfang bereits vorgesehen ist. Aufgrund einer "Gesetzesanalogie" zu § 415 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. durch eine "richterrechtliche Gesetzeskorrektur" kann ein derartiges Widerspruchsrecht nicht hergestellt werden.

---

26) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 C (197).

## § 13 Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### I. Einleitung

Ein Arbeitsverhältnis bedarf als Dauerschuldverhältnis zu seiner Beendigung eines besonderen Beendigungstatbestands, ohne einen solchen endet es nicht[1]. Mögliche Beendigungstatbestände sind insbesondere[2]:

- die ordentliche und außerordentliche Kündigung,
- der Fristablauf bei einem befristeten Arbeitsverhältnis,
- die auflösende Bedingung,
- der Beendigungsvertrag,
- der Tod des Arbeitnehmers (vgl. § 613 BGB) und
- die durch gerichtliches Gestaltungsurteil bewirkte Beendigung (vgl. § 9 KSchG).

Nachfolgend soll untersucht werden, ob und welche Besonderheiten in den einzelnen Entwürfen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgesehen sind[3].

### II. Der Entwurf von 1923:

Im Entwurf von 1923 sind in den §§ 142 bis 161 als besondere Beendigungstatbestände der Fristablauf (vgl. § 142 Abs. 1) und die Kündigung (vgl. §§ 144 ff.) geregelt, aus § 23, der bestimmt, daß der Arbeitnehmer "die versprochene Arbeit selbst zu leisten" habe, ergibt sich mittelbar, daß auch der Tod

---

1) Vgl. dazu Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 E I (209 f.).

2) Vgl. dazu auch Schaub, a.a.O., § 121 (577 ff.); Söllner, Arbeitsrecht, § 34 I (227 f.); Zöllner, Arbeitsrecht, § 21 I (160 ff.).

3) Aufgrund des Umfangs der Bestimmungen ist es nicht möglich, die einschlägigen Regelungen einleitend wiederzugeben. Sie werden - soweit erforderlich - im Zusammenhang zitiert.

des Arbeitnehmers einen Beendigungstatbestand darstellt.-

Gemäß § 144 Abs. 1 Ziff. 1 ist die ordentliche Kündigung eines Angestellten "zum Schlusse jedes Kalendervierteljahres mit einer Frist von sechs Wochen" zulässig. Bei Arbeitern beträgt die Kündigungsfrist vierzehn Tage (vgl. § 144 Abs. 1 Ziff. 2). Die ordentliche Kündigung eines Angestellten ist also an eine Frist und einen Termin, die eines Arbeiters nur an eine Frist gebunden. Die Regelung des § 144 Abs. 1 ist nicht zwingend[4]; gemäß § 144 Abs. 2 S. 3 kann bezüglich eines Angestellten eine Kündigungsberechtigung mit einer Frist von "mindestens einem Monat" "für den Schluß eines Kalendermonats" vereinbart werden. Da eine Mindestfrist für Arbeiter in § 144 Abs. 2 nicht vorgesehen ist, kann nach dem Entwurf durch vertragliche Vereinbarung die Kündigungsfrist für diese beliebig verkürzt oder sogar ganz ausgeschlossen werden[5]; dies bedeutet, daß nach dem Entwurf von 1923 eine fristlose ordentliche Kündigung eines Arbeiters aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung zulässig ist[6]. Diese Regelung entsprach den damaligen Verhältnissen und forderte im Schrifttum keinerlei Kritik heraus[7]. In § 144 Abs. 2 S. 1 ist bestimmt, daß, wenn von den gesetzlich bestimmten Kündigungsfristen abweichende Vereinbarungen getroffen werden, die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber nicht kürzer sein darf als die für den Arbeitnehmer. Wird für den Arbeitnehmer eine längere Frist vereinbart, so gilt sie kraft Gesetzes auch für den Arbeitgeber (vgl. § 144 Abs. 2 S. 2).

---

4) Vgl. "Denkschrift" (27) unter "Ordentliche Endigung".

5) Vgl. dazu auch Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (193).

6) Ein Beispiel für eine fristlose ordentliche Kündigung im geltenden Recht ist § 15 Abs. 1 BBiG.

7) Vgl. Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (193): "Das ist zu billigen, da der sogenannte 'Kündigungsausschluß' in vielen Gewerben üblich ist". Siehe ferner Vallbracht, a.a.O. (113 f.).

Nach § 145 Abs. 1 findet die Regelung des § 144 keine Anwendung auf Arbeitnehmer, die "auf Probe" oder "zu vorübergehender Aushilfe" eingestellt sind, es sei denn, die vereinbarte Probezeit dauert länger als einen Monat oder die Aushilfstätigkeit soll vereinbarungsgemäß länger als drei Monate dauern. Die Arbeitsverhältnisse, auf die § 145 Abs. 1 anwendbar ist, können "jederzeit ohne Frist" gekündigt werden (§ 145 Abs. 2 S. 1); auch hier ist also eine fristlose ordentliche Kündigung zulässig.

Gemäß § 156 S. 1 kann das Arbeitsverhältnis "von jedem Teile ohne Frist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt". In § 156 wird damit die fristlose außerordentliche Kündigung geregelt. Eine außerordentliche Kündigung ist im Gegensatz zu einer ordentlichen eine solche, die zu ihrer Wirksamkeit eines Grundes bedarf; dieser wird in § 156 S. 1 als "wichtiger Grund" bezeichnet. Nach der "Legaldefinition"[8] des § 156 S. 2 ist ein "wichtiger Grund" "jeder Umstand, um dessenwillen dem Kündigenden mit Rücksicht auf Vertragszweck, gute Sitte oder Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann". Diese den "wichtigen Grund" umschreibende Formel ist wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit nicht anwendbar[9]. Ihre Fehlerhaftigkeit folgt aber schon daraus, daß zu einer "Zumutbarkeit" in Ermangelung eines objektiven inhaltlichen Merkmals notwendig ein Mensch gehört, der die erforderliche subjektive Entscheidung über die "Zumutbarkeit" trifft[10]. Da eine Kündigung bei ihrer Erklärung nur entweder wirksam sein kann oder nicht, müßte dieser Mensch nach § 156 S. 2 im Zeitpunkt der Kündigungserklärung entscheiden. Ein solcher

---

8) Als "Legaldefinition" wird diese Bestimmung von Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (200) bezeichnet; in der "Denkschrift" (29) unter "Außerordentliche Endigung, II." wird lediglich festgestellt, daß § 156 S. 2 den Begriff nur allgemein umschreibe.

9) Vgl. dazu Bickel, SAE 1974 (20).

10) Vgl. Ernst Wolf, SAE 1973 (14).

Mensch ist jedoch nicht vorhanden. Ein Beteiligter kann es nicht sein, weil es nicht von seiner Entscheidung abhängen kann, ob ein Verhalten ihm gegenüber eine Rechtswirkung hat. Auch der erkennende Richter kann es nicht sein, da das nachträglich ergehende Urteil nicht tatbestandsmäßige Bedingung der früher eingetretenen oder nicht eingetretenen Wirksamkeit der Kündigung sein kann.

Gemäß § 157 S. 1 "gilt" eine infolge des Mangels eines "wichtigen Grundes" unwirksame außerordentliche fristlose Kündigung "im Zweifel" als ordentliche frist- und termingemäße Kündigung, so daß im Regelfall nach § 140 BGB eine unwirksame außerordentliche Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzudeuten ist.

Nach § 146 des Entwurfs ist eine fristgemäße außerordentliche Kündigung für den Fall vorgesehen, daß ein befristetes Arbeitsverhältnis vorliegt und dem Arbeitnehmer "aus Gründen seines Fortkommens die Durchhaltung des Vertrages billigerweise nicht zugemutet werden kann und überwiegende Betriebsinteressen durch sein Ausscheiden nicht verletzt werden" (§ 146 Abs. 1 Ziff. 1) oder ihm "die Fortleistung der Arbeit billigerweise nicht zugemutet werden kann, weil durch nachträgliche Veränderung im Betriebe sich Art, Zeit oder Ort der Arbeitsleistung wesentlich verändert haben". Auch in diesen Regelungen wird mit dem in den Bestimmungen jeweils enthaltenen Tatbestandselement "billigerweise nicht zugemutet" auf ein objektives Merkmal verzichtet[11].

§ 147 bestimmt, daß Kündigungsfristen "nicht vor dem Zeitpunkte" "laufen", "an dem mit der Ausführung des Arbeitsvertrages begonnen werden soll"; diese Regelung schließt somit ihrem Inhalt nach die Kündigung vor Dienstantritt aus.

In den §§ 148 ff. des Entwurfs sind sog. "Kündigungsbeschränkungen" geregelt. Während in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg ein "freies Kündigungsrecht" bestand, sind diese Regelungen ein Beispiel dafür, daß allmählich die

---

11) Vgl. dazu auch oben (81).

Kündigungsberechtigung des Arbeitgebers aufgrund gesetzlicher Regelungen eingeschränkt wird[12].

In § 148 ist vorgesehen, daß der Arbeitnehmer "gegenüber der Kündigung des Arbeitgebers" "auf Widerruf klagen" kann. Die zur "Widerrufsklage" berechtigenden Gründe sind in § 148 abschließend aufgezählt; sie ist beispielsweise nach Ziff. 1 zulässig, wenn die Kündigung "ohne Angabe eines Grundes erfolgt und der Grund sich nicht offensichtlich aus den Umständen ergibt". Nach § 149 Abs. 1 ist die Klage "binnen einer Woche nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgerichte einzureichen". Da § 894 Abs. 1 ZPO keine Anwendung finden soll (§ 149 Abs. 2 S. 1), bleibt es letztlich dem Arbeitgeber überlassen, ob er die Kündigung widerruft oder ob er dieses ablehnt. Für den Fall seiner Ablehnung ist aufgrund der Bestimmung des § 149 Abs. 2 S. 2 "im Urteile ... von Amts wegen eine Entschädigung ... festzusetzen", für deren Bemessung in § 150 eine besondere Regelung vorgesehen ist.

Verurteilt das Arbeitsgericht den Arbeitgeber zum Widerruf der Kündigung und kommt dieser dem Urteil nach, so bleibt es dennoch bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, "wenn der Arbeitnehmer nicht binnen einer Woche nach Zugang des Widerrufes seine Bereitwilligkeit zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erklärt" (vgl. § 151 S. 1). Liegt der Grund der Weigerung in der Tatsache, daß der Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist, so hat er aufgrund der Regelung des § 151 S. 2 "Anspruch auf Entgelt für die Zeit zwischen Entlassung und Rechtskraft des Urteiles".

In der "Denkschrift"[13] wird ausgeführt, "die Kündigung" sei "an sich wirksam und" müsse "zur Lösung des Arbeitsverhältnisses führen". Werde "sie widerrufen, so" sei "sie von Anfang an unwirksam, das Arbeitsverhältnis wiederher-

---

12) Vgl. dazu auch Hueck in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (208 ff.); siehe auch "Denkschrift" (27 f.) unter "Kündigungsbeschränkung".

13) "Denkschrift" (27) unter "Kündigungsbeschränkung, c".

gestellt. Auch wenn tatsächlich die Beschäftigung unterbrochen" worden sei, liege "rechtlich keine Unterbrechung vor; es" komme "nicht die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern nur die Fortsetzung des alten in Frage".- Diesen Ausführungen kann nicht in vollem Umfang zugestimmt werden. Erfolgt der "Widerruf" des Arbeitgebers und die "Bereitwilligkeitserklärung" des Arbeitnehmers (vgl. § 151) vor Ablauf der Kündigungsfrist, so endet das Arbeitsverhältnis nicht, die Wirkung der erklärten Kündigung tritt nicht ein. Läuft die Kündigungsfrist jedoch ab, ohne daß bis zu diesem Zeitpunkt der "Widerruf" des Arbeitgebers erfolgt ist, wird das Arbeitsverhältnis infolge der wirksamen Kündigung beendet[14]. Der "Widerruf" des Arbeitgebers stellt dann ein Angebot zum Abschluß eines Arbeitsvertrags dar, welches den Inhalt hat, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, das dem durch die Kündigung beendeten Arbeitsverhältnis inhaltlich entspricht; dieses Angebot wird gegebenenfalls vom Arbeitnehmer mit seiner "Bereitwilligkeitserklärung" angenommen. In diesen Fällen entsteht demgemäß ein neues Arbeitsverhältnis.-

Die Kündigung oder Versetzung eines Mitglieds einer gesetzlichen Betriebsvertretung oder eines Betriebsobmannes ist nach § 152 unwirksam, wenn nicht die Betriebsvertretung (im Fall des Betriebsobmannes die Mehrheit der wahlberechtigten Arbeitnehmer) ihre Zustimmung gegeben hat oder diese bei Versagung durch das Arbeitsgericht ersetzt worden ist.-

Gemäß § 154 finden die §§ 148 bis 153 des Entwurfs "entsprechende Anwendung auf den Ablauf eines für bestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnisses, wenn nicht die Umstände ergeben, daß es nur einem befristeten Bedürfnisse dienen sollte". Nach dieser Regelung soll der aufgrund eines befristeten Arbeistverhältnisses beschäftigte Arbeitnehmer berechtigt sein, "Klage auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses" zu erheben. Vermag der Arbeitgeber im Prozeß nicht

---

14) Vgl. dazu auch Bewer, IheringsJ., Bd. 74 (163 ff.).

nachzuweisen, daß er den Arbeitnehmer nur zu "einem befristeten Bedürfnisse" eingestellt hat, so wird er verurteilt, mit ihm einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen. Da nach §§ 154 S. 1, 149 Abs. 2 S. 1 die Regelung des § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO auch hier keine Anwendung findet, wird das fehlende Angebot des Arbeitgebers nicht mit der Rechtskraft des Urteils ersetzt. Kommt der Arbeitgeber dem Urteil nicht nach, so ist er gemäß §§ 154 S. 1, 149 Abs. 2 S. 2 zur Leistung einer Entschädigung verpflichtet, die vom Gericht in seinem Urteil für den Fall der Weigerung des Arbeitgebers bereits von Amts wegen festgesetzt wird.

III. Der Entwurf von 1938:

Im Entwurf von 1938 sind in den §§ 91 ff. drei Beendigungstatbestände geregelt: der Fristablauf (vgl. § 91 Abs. 1), die Kündigung (vgl. §§ 94 ff.) und der Tod des Arbeitnehmers (vgl. § 108)[15].-

In § 92 Abs. 1 des Entwurfs ist bestimmt:

> "War ein Gefolgsmann mehr als ein Jahr in dem gleichen Betrieb oder Unternehmen beschäftigt und endet nun das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf, so kann der Gefolgsmann, sofern es sich um einen Betrieb mit in der Regel mindestens zehn Gefolgschaftsmitgliedern handelt, auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses klagen, wenn die Nichtverlängerung unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist."

In der "Begründung"[16] wird ausgeführt, "es" gebe "manche Fälle, in denen zwar üblicherweise eine bestimmte Dauer des Arbeitsverhältnisses vereinbart" werde, "in denen es aber nach Ablauf der vorgesehenen Zeit fortgesetzt zu werden" pflege, "wenn nicht ein besonderer Anlaß zur Lösung" vorliege. "Da

---

15) Vgl. auch Hueck, ZAkDR 1938 (301).

16) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (92 f.).

ein befristetes Arbeitsverhältnis von vornherein selten auf länger als ein Jahr abgeschlossen zu werden" pflege, "so" werde "die Vorschrift praktisch namentlich dann von Bedeutung, wenn das Arbeitsverhältnis ein- oder mehrfach erneuert worden" sei, "sich also eine Kette fest befristeter Arbeitsverträge" aneinanderreihe. "Die Vorschrift" bekämpfe "damit zugleich die Umgehung des Kündigungsschutzes durch Kettenverträge, doch" setze "sie das Vorliegen einer solchen Umgehungsabsicht nicht voraus".- Eine "Klage auf Fortsetzung" bezüglich befristeter Arbeitsverhältnisse war - wie bereits ausgeführt - schon im Entwurf von 1923 vorgesehen gewesen (vgl. dort § 154). Auch bei der "Fortsetzungsklage" des Entwurfs 1938 soll die Anwendbarkeit des § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO ausgeschlossen sein; dieses läßt sich mittelbar aus der in § 92 Abs. 3 erfolgten Verweisung auf die §§ 57 bis 62 AOG[17] schließen. § 57 Abs. 2 AOG regelt, daß der Arbeitgeber zwischen "Kündigung" (hier: "Fortsetzung") des Arbeitsverhältnisses und "Entschädigung" wählen kann. Die Entschädigung ist nach § 57 Abs. 1 AOG - entsprechend der Regelung des Entwurfs von 1923 - "im Urteil von Amts wegen ... für den Fall festzusetzen, daß der Unternehmer den Widerruf ablehnt" (hier: der Verurteilung zum Abschluß eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nicht nachkommt).

Die in der "Begründung" vertretene Ansicht, mit § 92 werde "die Umgehung des Kündigungsschutzes durch Kettenverträge" "bekämpft", ist allerdings verfehlt.- Eine "Gesetzesumgehung" soll dann vorliegen, wenn "Parteien ein gesetzliches Verbot dadurch zu umgehen" "versuchen", "daß sie ihrem Rechtsgeschäft einen anderen Namen beilegen oder den verbotenen Erfolg mit rechtlichen Mitteln erstreben, die vom Wortlaut des Gesetzes nicht getroffen werden"[18].- Nach der

---

17) In den §§ 56 bis 62 AOG ist der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer geregelt. Die "Klage auf Widerruf der Kündigung" entspricht weitgehend den entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs von 1923.

18) v. Tuhr, Allg. Teil, 2. Bd., 2. Hälfte (7).

Lehre von der "Gesetzesumgehung" ist es demnach erforderlich, daß aufgrund einer gesetzlichen Regelung die Herbeiführung einer rechtsgeschäftlichen Wirkung "verboten" ist, allerdings nicht alle, sondern nur eine oder einige Möglichkeiten der Herbeiführung dieser rechtsgeschäftlichen Wirkungen tatbestandlich in der Bestimmung erfaßt sind. Ist dieses der Fall, so sollen auch die im Gesetz nicht genannten Möglichkeiten der Herbeiführung dieser Rechtswirkung "verboten" sein.- Eine gesetzliche Bestimmung enthält jedoch kein "Gebot" oder "Verbot", sondern begründet rechtliche Kausalzusammenhänge zwischen Tatbeständen einer bestimmten Art und Rechtswirkungen einer bestimmten Art[19]. Liegt ein Tatbestand einer gesetzlichen Bestimmung vor, so tritt die Rechtswirkung ein, liegt der Tatbestand nicht vor, so tritt die Rechtswirkung nicht ein. Dieser notwendige Zusammenhang kann nicht "umgangen" werden. Wenn also mangels Kündigung keiner der gesetzlichen Tatbestände vorliegt, die den "Kündigungsschutz" betreffen, treten die dort bestimmten Rechtswirkungen nicht ein. Die Lehre von der "Gesetzesumgehung" ist deshalb abzulehnen[20], sie ist methodisch fehlerhaft, denn mit ihr werden Zweck und Inhalt einer rechtlichen Regelung gleichgesetzt.

In den in der "Begründung" vorausgesetzten Fällen der sog. "Kettenverträge" werden sich die Beteiligten vielfach schon bei Abschluß des ersten Arbeitsvertrags einig sein, daß nach Fristablauf ein neues befristetes Arbeitsverhältnis geschlossen werden soll; läuft auch dessen Frist ab, so soll gegebenenfalls ein weiteres begründet werden.- Ist dieses Inhalt ihrer Einigung, so wollen die Beteiligten, daß die Arbeitsleistung während einer beim ersten Vertragsabschluß noch nicht bestimmten Zeit zu erbringen und zu vergüten sein soll. Gegenstand ihrer Einigung ist demnach ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Aufgrund von § 117 Abs. 1 BGB kommt infolgedessen ein befristetes Arbeitsverhältnis

---

19) Vgl. oben (112).

20) So auch Bickel, SAE 1976 (115 f.).

nicht zustande, denn die Befristungsabrede ist nur Schein. Da durch das befristete Arbeitsverhältnis ein unbefristetes verdeckt wird, ist dieses nach § 117 Abs. 2 BGB wirksam. Somit kommt mit Abschluß des ersten Arbeitsvertrags ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande[21].-

Gemäß § 96 Abs. 1 kann "das Arbeitsverhältnis des Arbeiters ... mit einer Frist von zwei Wochen zum fünfzehnten oder letzten Tag eines Monats, das des Angestellten mit einer Frist von sechs Wochen zum Schluß jedes Kalendervierteljahres gekündigt werden". Von den gesetzlichen Kündigungsfristen und Terminen können abweichende Regelungen getroffen werden; wird jedoch eine andere Kündigungsfrist vereinbart, so muß sie für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleich sein, werden unterschiedlich lange Fristen vereinbart, so ist kraft Gesetzes die längere für beide Teile verbindlich (vgl. § 96 Abs. 2). In den §§ 97, 98 sind Mindestkündigungsfristen bestimmt. Die Kündigung ist nach § 94 Abs. 1 S. 2 auch schon "vor Dienstantritt" zulässig.

In weitgehender Übereinstimmung mit der entsprechenden Regelung des Entwurfs von 1923 erklärt § 100 die ordentliche fristlose Kündigung eines "für nicht begrenzte Zeit auf Probe oder zur Aushilfe" eingestellten Arbeitnehmers für zulässig.-

In den §§ 103 bis 107 ist die außerordentliche Kündigung geregelt.

§ 103 bestimmt:

> "Das Arbeitsverhältnis kann von jedem Teil aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach dem Sinn und Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft und der Art des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der beiderseitigen Treupflicht nicht zugemutet werden kann."

---

21) Vgl. Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 E IV (212); siehe auch van Gelder / Leinemann, a.a.O. (39 f.).

Auch diese den "wichtigen Grund" umschreibende Formel besteht nur aus einer Anhäufung von Leerwörtern. Was Inhalt der Tatbestandselemente "Sinn und Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft", "Art des Arbeitsverhältnisses" und "Treupflicht" sein soll, ist mangels objektiver Merkmale nicht definierbar; die Entscheidung, ob ein "wichtiger Grund" vorliegt, bleibt damit notwendig willkürlich[22]. Zwar werden in § 104 sog. "Regelbeispiele" für "wichtige Gründe" gegeben, diese sollen "die richterliche Beurteilung" jedoch "in keiner Weise einschränken"[23], d.h. auch wenn ein "Regelbeispiel" gegeben ist, kann der Richter das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" verneinen.

In § 105 sind an die regelmäßige gesetzliche Kündigungsfrist gebundene außerordentliche Kündigungsberechtigungen für den Fall vorgesehen, daß längere als die in § 96 bestimmten Kündigungsfristen vereinbart sind oder ein befristetes Arbeitsverhältnis länger als ein Jahr dauert und "dem Kündigenden die Fortsetzung (des Arbeitsverhältnisses; Erg. des Verf.) nach dem Sinne der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft und der Art des Arbeitsverhältnisses oder im Hinblick auf eine unvorhersehbare Änderung der Verhältnisse nicht bis zum Ablauf der geltenden Kündigungsfrist zugemutet werden kann". Diese Regelung ist aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht anwendbar, ihr Wortlaut kann nicht möglicher Inhalt eines Gesetzes sein.

IV. Der Entwurf von 1977[24]:

Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs enthält folgenden Programmsatz:

> "Niemand darf gegen seinen Willen den Arbeitsplatz ohne einen sachbezogenen und als billig und gerecht

---

22) Zu "Zumutbarkeitsregelungen" vgl. auch oben (81) und (150 f.).

23) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (99).

24) Vgl. dazu auch Hanau, ZRP 1978 (221).

anerkennenswerten Grund verlieren. Das Gesetz bestimmt, in welcher Weise das Arbeitsverhältnis beendet wird, insbesondere unter welchen Voraussetzungen die Kündigung eines Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber, die nicht aus einem wichtigen Grund erfolgt, als sozial ungerechtfertigt ausgeschlossen ist."

Der Entwurf regelt als besondere Beendigungstatbestände die Kündigung (vgl. §§ 85 ff.), die Beendigung durch Gestaltungsurteil (vgl. § 100) und den Beendigungsvertrag (§ 110).

Da der Entwurf keine unterschiedlichen Regelungen für Arbeiter und Angestellte vorsieht, werden auch die Kündigungsfristen und -termine einheitlich geregelt (vgl. §§ 95, 106). § 87 S. 1 stellt klar, daß die Kündigung bereits "vor Aufnahme der Arbeit" erfolgen kann. Die Kündigung durch den Arbeitgeber soll der Schriftform bedürfen, es ist allerdings vorgesehen, daß von dieser Regelung durch Tarifvertrag abgewichen werden kann (vgl. § 94).

Bezüglich der Kündigungsschutzregelungen lehnt sich der Entwurf an das Kündigungsschutzgesetz an, sieht jedoch einige Abweichungen vor. So soll die Frist des § 4 KSchG von drei auf vier Wochen erweitert werden (vgl. § 91 Abs. 1). Nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG sind Kleinstbetriebe von den Kündigungsschutzregelungen ausgenommen, die Arbeitsgesetzbuchkommission hingegen "hält es für richtig, auch die Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben voll in den Kündigungsschutz einzubeziehen"[25].

In Übereinstimmung Mit § 1 Abs. 1 KSchG bestimmt § 96 Abs. 1 des Entwurfs:

"Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist ...".

---

25) Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht, 1977 (119), Beschluß der Kommission zu § 96; ablehnend dazu die Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (31); Schwerdtner, BlStSozArbR 1978 (275 f.).

§ 96 Abs. 2 hat den Inhalt:

> "Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betriebe entgegenstehen, bedingt ist."

Die Regelung des § 96 Abs. 2 übernimmt damit wörtlich die Bestimmung des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Eine "ordentliche" Kündigung durch den Arbeitgeber ist damit - soweit die Kündigungsschutzregelungen anwendbar sind - nur wirksam, wenn ein personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter "Grund" vom Arbeitgeber geltend gemacht werden kann. Eine ordentliche Kündigung ist im Gegensatz zu einer außerordentlichen Kündigung indessen eine solche, die zu ihrer Wirksamkeit eines Grundes nicht bedarf. Da eine Kündigung durch den Arbeitgeber, auf die die Kündigungsschutzregelungen anwendbar sind, nur wirksam ist, wenn ein in der Person des Arbeitnehmers, in seinem Verhalten oder in betrieblichen Erfordernissen liegender "Grund" gegeben ist, handelt es sich begrifflich nicht um eine ordentliche, sondern um eine außerordentliche Kündigung[26]. Soweit die Kündigungsschutzbestimmungen anwendbar sind, gibt es demgemäß keine ordentliche Kündigungsberechtigung des Arbeitgebers.-

Die außerordentliche fristlose Kündigung aufgrund eines "wichtigen Grundes" soll zulässig sein, "wenn Tatsachen vorliegen, die ... bei Abwägung der Interessen der Arbeitsvertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der Zeit, für die das Arbeitsverhältnis begründet ist, unzumutbar machen" (vgl. §§ 102, 107). Auch diese Regelungen sind aufgrund ihrer Unbestimmtheit unanwendbar[27].-

---

26) Übereinstimmend Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 E VI b 4 (215).

27) Vgl. dazu auch oben (78), (81) und (150 f.).

Entsprechend § 9 KSchG ist in § 100 des Entwurfs die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliches Urteil geregelt; abweichend von § 9 Abs. 2 KSchG ist in § 100 Abs. 2 des Entwurfs bestimmt, daß das Arbeitsverhältnis grundsätzlich "zum Ende des Monats" endet, "in den das Urteil rechtskräftig wird"[28].-

In § 110 ist der Beendigungsvertrag geregelt: "Arbeitgeber und Arbeitnehmer können das Arbeitsverhältnis durch Vertrag beenden" (§ 110 Abs. 1 S. 1). "Der Vertrag kann" nach § 110 Abs. 1 S. 2 "vom Arbeitnehmer innerhalb von drei Werktagen widerrufen werden".-

Eine Befristung eines Arbeitsverhältnisses soll nach dem Entwurf von 1977 nur zulässig sein, wenn dafür ein "sachlicher Grund" vorliegt. § 10 b Abs. 1 a S. 1 bestimmt:

> "Auf bestimmte Zeit kann ein Arbeitsvertrag nur abgeschlossen werden, wenn sachliche, in der Eigenart des Betriebs, der zu erfüllenden Arbeitsaufgabe oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe den Abschluß eines solchen Arbeitsvertrages und seine Dauer rechtfertigen."

Für die Erkenntnis, wann "sachliche" "Gründe" vorliegen und wann nicht, fehlt es an objektiven Merkmalen; die Regelung des § 10 b Abs. 1 S. 1 ist deshalb verfehlt.

## V. Der DGB-Entwurf[29]:

Im DGB-Entwurf sind als besondere Beendigungstatbestände die Kündigung (vgl. §§ 108 ff.[30]), die Beendigung durch Gestaltungsurteil (vgl. §§ 116 Abs. 2, 124[31]), der Fristablauf

---

28) Ablehnend dazu die Stellungsnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (37 f.).

29) Auch dem DGB-Entwurf ist in Art. 3 Abs. 2 ein Programmsatz vorangestellt, der - von einer leichten sprachlichen Abweichung abgesehen - dem Inhalt des Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission entspricht.- Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich darauf, die wesentlichen Abweichungen des DGB-Entwurfs vom Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission aufzuzeigen.

30) = §§ 107 ff. in der Fassung RdA 1977 (176).

31) = §§ 115 Abs. 2, 123 in der Fassung RdA 1977 (177).

(vgl. § 132[32]) und der Beendigungsvertrag (vgl. § 133[33]) geregelt.

Als besonders einschneidende Abweichung vom Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission ist in § 116 im Anschluß an die Ausschußfassung der Kommission vorgesehen, daß eine Kündigung unwirksam ist, wenn der Betriebsrat einer beabsichtigten Kündigung mit der Begründung widersprochen hat, daß nach den ihm vom Arbeitgeber gemäß § 102 Abs. 1 BetrVerfG mitgeteilten Gründen eine Kündigung "sozial ungerechtfertigt" ist.
§ 116 Abs. 2[34] bestimmt:

> "Auf Antrag eines Arbeitgebers spricht das Arbeitsgericht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliche Entscheidung aus, wenn ein wichtiger Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorliegt oder eine Kündigung sozial gerechtfertigt wäre. Das Arbeitsverhältnis endet in diesem Fall mit der Rechtskraft der Entscheidung."

Im Fall des Widerspruchs des Betriebsrats soll die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber folglich nur noch durch eine entsprechende Gestaltungsklage bewirkt werden können.- Ob ein derartig weitgehender "Bestandsschutz" des Arbeitsverhältnisses trotz der daraufhin zu erwartenden Mehrbelastung der Arbeitsgerichte möglich ist, ist fraglich[35].-

Eine weitere Abweichung zum Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission besteht darin, daß die - auch in § 1 Abs. 1 KSchG geregelte - Sechs-Monats-Frist wegfallen soll, d.h., daß auch die Arbeitsverhältnisse den Kündigungsschutzregelungen unterfallen sollen, die noch keine sechs Monate bestanden haben (vgl. § 120[36])[37].-

---

32) = § 131 in der Fassung RdA 1977 (178).

33) = § 132 in der Fassung RdA 1977 (178).

34) = § 115 Abs. 2 in der Fassung RdA 1977 (177).

35) Ablehnend Schwerdtner, BlStSozArbR 1978 (278); vgl. auch Hanau, ZRP 1978 (221); Zöllner, Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag (88 ff.).

36) = § 119 in der Fassung RdA 1977 (177).

37) Ablehnend dazu Schwerdtner, BlStSozArbR 1978 (276).

Das Schriftformerfordernis für die Kündigung ist - anders als im Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission - sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer vorgesehen (vgl. § 109[38]).-

In § 122[39] S. 1 ist bestimmt:

> "Wird die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber wegen eines nicht im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Grundes ... veranlaßt, so ist der Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung verpflichtet."

Durch diese Regelung soll kraft Gesetzes eine Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung bei rechtmäßiger Kündigung begründet werden, es sei denn, die Kündigungsberechtigung ist durch das Verhalten des Arbeitnehmers bedingt.

Wie sich zeigt, sind in allen Entwürfen Regelungen vorgesehen, die den "Bestandsschutz" des Arbeitsverhältnisses zugunsten des Arbeitnehmers gewährleisten sollen. Häufig fehlt es diesen jedoch an der erforderlichen begrifflichen Bestimmtheit. Ein anschauliches Beispiel dafür sind die Formeln, die den "wichtigen Grund", der zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigen soll, umschreiben; "Interessenabwägungen", "Zumutbarkeitserwägungen" und "Billigkeitsgesichtspunkte" sind kein möglicher Inhalt einer gesetzlichen Regelung. Ob eine außerordentliche Kündigungsberechtigung vorliegt oder nicht, ist aufgrund der verwendeten Tatbestandselemente willkürlich behauptbar. So wurde beispielsweise während der Zeit des Nationalsozialismus eine außerordentliche fristlose Kündigung eines Angestellten aus "wichtigem Grund" als gerechtfertigt angesehen, weil dieser es abgelehnt hatte, sich am sog. Winterhilfswerk in der "üblichen" Weise (10% der Lohnsteuer im Abzugsverfahren) zu beteiligen[40].- In einem anderen

---

38) = § 108 in der Fassung RdA 1977 (176).

39) = § 121 in der Fassung RdA 1977 (177).

40) RAG ARS 31 (229 ff.).

Urteil stellte das Reichsarbeitsgericht fest[41], daß "ein Behördenangestellter", der "geschäftliche Beziehungen zu einem jüdischen Warenhaus" unterhalte, "in schwerster Weise gegen seine dienstlichen Pflichten" verstoße. "Ein solcher Verstoß" könne "als wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Dienstverhältnisses angesehen werden".- Die aufgezeigten Beispiele machen die Folgen des Verzichts auf objektive Merkmale deutlich[42]; - ein Rechtsstaat kann auf begriffliche Regelungen nicht verzichten.

---

41) RAG ARS 31 (125 ff.); vgl. auch RAG ARS 38 (226 ff.).

42) Zur "unbegrenzten Auslegung" des Merkmals "wichtiger Grund" vgl. auch Rüthers, a.a.O. (237 ff.).

## § 14 Die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrags[1)]

### I. Einleitung

Nach § 139 BGB ist bei Unwirksamkeit eines inhaltlichen Teils eines teilbaren Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft unwirksam, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den unwirksamen Teil vorgenommen sein würde.

Tatbestandsmäßig setzt die Regelung des § 139 BGB voraus, daß ein inhaltlich teilbares Rechtsgeschäft vorliegt, dessen einer Teil aufgrund eines Unwirksamkeitsgrundes nichtig ist und dessen anderer Teil - auf den sich der Unwirksamkeitsgrund nicht bezieht - auch als selbständiges Rechtsgeschäft existieren kann. Liegen die Voraussetzungen des § 139 BGB vor, so ist derjenige Teil des Rechtsgeschäfts, auf den sich der Unwirksamkeitsgrund nicht bezieht, als selbständiges Rechtsgeschäft wirksam, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung von den Beteiligten bei Kenntnis der Unwirksamkeit gewollt worden wäre, wenn sie also in diesem Fall die Entscheidung getroffen hätten, das Rechtsgeschäft auch ohne den unwirksamen Teil vorzunehmen. Diese hypothetische Entscheidung muß in einem Prozeß vom Richter aufgrund gegebener Tatsachen getroffen werden, d.h. auf Wirksamkeit des vom Unwirksamkeitsgrund nicht erfaßten Teils des Rechtsgeschäfts kann nur erkannt werden, wenn entsprechende objektive Gegebenheiten diesen Schluß zulassen.-

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird fast einhellig die Ansicht vertreten, "die Vorschrift des § 139 BGB" sei "im Arbeitsrecht besonders behutsam anzuwenden". Verstoße "ein Arbeitsvertrag in irgendeiner Hinsicht (z.B. hinsichtlich der Arbeitszeitdauer) gegen ein Arbeitsschutzgesetz, so" laufe "es dem Gesetzeszweck zuwider, den gesamten Arbeitsvertrag als nichtig anzusehen. Vielmehr" bleibe "der Arbeits-

---

1) Zur Regelung des § 139 BGB vgl. auch Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, § 10 B I (344 ff.).

vertrag mit dem vom Gesetz gebotenen Inhalt aufrechterhalten"[2]. § 139 BGB gelte "dann nicht, wenn dadurch der Schutzcharakter des Arbeitsrechts umgangen" würde[3].- Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. So ist - um das von Söllner angeführte Beispiel aufzugreifen - ein sich auf die Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit beziehender Teil eines Arbeitsvertrags aufgrund der privatrechtlichen Unwirksamkeitsregelung des § 3 AZO unwirksam. Ob infolgedessen der ganze Arbeitsvertrag unwirksam ist oder ob der von der Unwirksamkeitsregelung nicht betroffene Teil des Arbeitsvertrags wirksam ist, bestimmt sich nach § 139 BGB. Den hier tatbestandsmäßig anwendbaren § 139 BGB aufgrund des "Gesetzeszwecks" der Arbeitszeitordnung nicht anzuwenden, ist verfehlt, da ein "Gesetzeszweck" nicht Inhalt eines Gesetzes ist, "Gesetzeszweck" und Gesetzesinhalt vielmehr mehrere Seiende sind und somit kein gesetzmäßiger Grund für die Nichtanwendung des § 139 BGB gegeben ist. Auch der behauptete "Schutzcharakter des Arbeitsrechtes" ist kein die Nichtanwendung des § 139 BGB rechtfertigender gesetzmäßiger Grund; denn ein allumfassender "Schutzcharakter" ist nicht möglich, da es einen Schutz mit unbestimmtem Inhalt nicht geben kann, ein Schutz kann stets nur in der Verhinderung oder Beseitigung einer bestimmten Gefahr bestehen. So ist im Fall der Arbeitszeitordnung Gegenstand des gesetzgeberischen Motivs (welches nicht Inhalt des Gesetzes ist) gewesen, den Arbeitnehmer dadurch zu "schützen", daß er nicht über die gesetzliche Höchstdauer hinaus arbeitet. Dieses gesetzgeberische Motiv wird durch die Unwirksamkeitsregelung des § 3 AZO erreicht. Mehr, als die Unwirksamkeit des die Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit betreffenden Teils des Arbeitsvertrags zu bedingen, vermag § 3 AZO nicht zu bewirken.-

---

2) So Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2 c (207); sachlich übereinstimmend z.B. Gamillscheg, AcP 176 (218); Zöllner, Arbeitsrecht, § 11 II 1 c (95).

3) Schaub, a.a.O., § 31 III 2 (99).

Aufgrund dieser Ausführungen wird deutlich, daß ein die Nichtanwendung des § 139 BGB rechtfertigender gesetzmässiger Grund nur in einer entsprechenden arbeitsrechtlichen Regelung bestehen kann, die als spezieller Tatbestand die Anwendbarkeit des § 139 BGB im Arbeitsrecht ausschließt. Nachfolgend soll dargelegt werden, ob derartige Regelungen in den einzelnen Entwürfen vorgesehen sind.

II. Der Entwurf von 1923:

§ 8: "(1) Ist ein Teil des Arbeitsvertrages nichtig, so bleibt im Zweifel der übrige Vertrag gültig. Er ist so zu ergänzen, wie ihn die Beteiligten bei Beachtung der zur Nichtigkeit führenden Rechtsvorschriften mutmaßlich abgeschlossen hätten.

(2) Sind dem Arbeitnehmer im Hinblick auf die im nichtigen Vertragsteile übernommenen Pflichten Leistungen in besonderer Höhe zugesichert, so können sie auf Antrag des Arbeitgebers durch Urteil angemessen herabgesetzt werden."

In der "Denkschrift"[4] wird ausgeführt, "§ 8" gebe "nur eine dem § 139 BGB entgegengesetzte Rechtsvermutung. Diese Abweichung vom allgemeinen Rechte" gründe "sich darin, daß die Nichtigkeit von Vertragsabreden im Arbeitsverhältnisse meist auf der Verletzung von Rechtsvorschriften" beruhe, "die zum Schutze des Arbeitnehmers erlassen" seien.- Die in der "Denkschrift" wiedergegebene Ansicht stimmt mit der im heutigen Schrifttum vertretenen Auffassung überein, aufgrund des "Schutzzwecks" arbeitsrechtlicher Regelungen soll die Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags "im Zweifel" ausgeschlossen sein. § 8 des Entwurfs stellt einen die Anwendbarkeit des § 139 BGB ausschließenden speziellen arbeitsrechtlichen

---

4) "Denkschrift" (16) unter "Vertragsfreiheit".

Tatbestand dar. Nach § 8 Abs. 1 S. 2 ist der teilweise nichtige Vertrag vom Richter so zu ergänzen, "wie ihn die Beteiligten bei Beachtung der zur Nichtigkeit führenden Rechtsvorschriften mutmaßlich abgeschlossen hätten". Die vom Richter dabei zu treffende Entscheidung muß aufgrund objektiver Gegebenheiten erfolgen. Die Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 begründet, ebenso wie die Bestimmung des § 8 Abs. 2, eine Gestaltungsberechtigung des Richters.

III. Der Entwurf von 1938:

§ 11: "Ist die Vereinbarung einer einzelnen Arbeitsbedingung nichtig, weil sie gegen ein den Schutz des Gefolgsmannes bezweckendes Gesetz verstößt, so wird dadurch die Gültigkeit des übrigen Vertrages nicht berührt. Das gleiche gilt, wenn die Lohnvereinbarung nichtig ist, weil der zugesagte Lohn in einem auffälligen Mißverhältnis zu dem Wert der Arbeitsleistung steht."

Auch im Entwurf von 1938 ist mit § 11 ein spezieller, die Anwendbarkeit des § 139 BGB ausschließender Tatbestand vorgesehen, der entgegen der Bestimmung des § 139 BGB bei Unwirksamkeit eines Teils des Arbeitsvertrags nicht die Unwirksamkeit des ganzen Arbeitsvertrags zum Regelfall macht.

§ 11 setzt tatbestandsmäßig die Unwirksamkeit einer "einzelnen Arbeitsbedingung" aufgrund eines "Verstoßes" gegen ein "den Schutz des Gefolgsmannes bezweckendes Gesetz" voraus. Zu dieser Formulierung ist festzustellen, daß ein Gesetz nichts zu "bezwecken" vermag und gegen ein Gesetz nicht "verstoßen" werden kann. Ein rechtliches Gesetz ist ein Kausalgesetz mit dem Inhalt, daß, wenn ein Tatbestand einer bestimmten Art vorliegt, eine Rechtswirkung einer bestimmten Art eintritt. Da das notwendige Eintreten der Rechtswirkung nicht aufhebbar ist, ist ein Verstoß gegen ein rechtliches

Gesetz nicht möglich[5].- Der Zweck eines staatlichen Gesetzgebungsakts und der Inhalt des Gesetzes sind notwendig mehrere Seiende, da mit dem geschaffenen Gesetz der Zweck verfehlt werden kann. Ein Zweck ist der in einem Handlungsentschluß enthaltene Teilinhalt, diesen Entschluß zu fassen, um mit der Handlung einen bestimmten Erfolg zu bewirken oder herbeizuführen[6]. Da ein Gesetz keine Handlung ist, kann es einen "Gesetzeszweck" nicht geben.- Aus der insoweit entsprechenden Formulierung des § 823 Abs. 2 BGB läßt sich schließen, daß die Wendung "den Schutz des Gefolgsmannes bezweckendes Gesetz" das Existieren einer gesetzlichen Regelung bedeutet, die den Inhalt hat, für den Arbeitnehmer allgemein oder bei Vorliegen besonderer tatbestandsmäßiger Umstände das Entstehen eines inhaltlich beschränkten absoluten persönlichen Rechts zu bedingen.

IV. Der Entwurf von 1977:

§ 18: "(Mängel von Teilen des Arbeitsvertrages)
Ist ein Teil des Arbeitsvertrags nichtig, so ist der Vertrag im übrigen rechtswirksam, es sei denn, der nichtige Teil ist für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses von so weitreichender Bedeutung, daß anzunehmen ist, verständige und die beiderseitigen Interessen wahrende Arbeitsvertragsparteien hätten in Kenntnis der Nichtigkeit vom Vertragsabschluß abgesehen."

Wie seine Vorgänger enthält der Entwurf von 1977 in seinem § 18 eine die Anwendbarkeit des § 139 BGB ausschließende spezielle Regelung. Nach § 18 soll die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags nur vorliegen, wenn der unwirksame Teil

---

5) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 20 C I c 2 (569).

6) Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 1 C II b (53).

des Arbeitsvertrags für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses von "so weitreichender Bedeutung" ist, daß anzunehmen ist, "verständige und die beiderseitgen Interessen wahrende Arbeitsvertragsparteien" hätten in Kenntnis der Nichtigkeit vom Vertragsabschluß abgesehen. Aufgrund der Unbestimmtheit der Formulierung wird auch hier der Richter zum "Herr des Arbeitsrechts", denn was von "weitreichender Bedeutung" ist und was "verständige und die beiderseitigen Interessen wahrende Arbeitsvertragsparteien" sind, ist aufgrund objektiver Merkmale nicht bestimmbar. Der Richter wird zur nicht nachvollziehbaren "Einzelfallentscheidung" aufgerufen.

V. Der DGB-Entwurf:

§ 7[7]: "(Mängeln von Teilen des Arbeitsvertrages)

(1) Ist ein Teil des Arbeitsvertrages wegen Verstoßes gegen eine zugunsten des Arbeitnehmers wirkende Rechtsnorm nichtig, so ist der Vertrag im übrigen rechtswirksam.

(2) Ist ein Teil des Arbeitsvertrages aus anderen als den in Absatz 1 genannten Gründen nichtig, so liegt hierin für den Arbeitsvertrag im übrigen ein Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 6 nur, wenn der nichtige Teil für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses so weitreichende Bedeutung hat, daß der Vertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit des Vertragsteiles nicht geschlossen worden wäre.

(3) Soweit ein Teil des Vertrages nichtig ist, wird er bei Fortbestand des Vertrages durch solche Bestimmungen ersetzt, die dem maßgeblichen Willen der Arbeitsvertragsparteien unter Berücksichtigung der für das Arbeitsverhältnis maßgebenden Rechtsnormen entsprechen."

---

7) = § 6 in der Fassung RdA 1977 (167).

Auch aufgrund der Bestimmung des § 7 des DGB-Entwurfs soll die Anwendbarkeit des § 139 BGB im Arbeitsrecht ausgeschlossen werden. Mit dem Merkmal des § 7 Abs. 1 "zugunsten des Arbeitnehmers wirkende Rechtsnorm" ist eine Regelung vorgesehen, die inhaltlich insoweit dem sog. "Günstigkeitsprinzip" des § 4 Abs. 3 TVG (dort: "Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers") entspricht[8]. § 139 BGB ist demgemäß dann ausgeschlossen, wenn die Bestimmung, welche die Unwirksamkeit eines Teils des Arbeitsvertrags bedingt, eine "zugunsten des Arbeitnehmers wirkende Rechtsnorm" ist.

In § 7 Abs. 2 wird auf das Merkmal "verständige und die beiderseitigen Interessen wahrende Arbeitsvertragsparteien", wie es im Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission vorgesehen ist, verzichtet. Die nach § 7 Abs. 2 zu treffende hypothetische Entscheidung ist aufgrund objektiver Gegebenheiten vorzunehmen.

§ 7 Abs. 3 enthält eine Gestaltungsberechtigung, aufgrund der der Richter im Prozeß eine Ergänzung des Arbeitsvertrags zu treffen hat. Der Inhalt der vorzunehmenden Ergänzung bestimmt sich nach vorliegenden individuellen Umständen, die eine bestimmte Entscheidung als hypothetisch wahrscheinlich erkennen lassen. Fehlen derartige Umstände, so finden die tariflichen oder gesetzlichen Regelungen Anwendung. Demgemäß ist beispielsweise im Fall des Lohnwuchers die Höhe des Arbeitsentgelts nach § 612 Abs. 2 BGB[9] zu bestimmen.

In allen Entwürfen zu einem Arbeitsvertragsgesetz findet sich eine die Anwendbarkeit des § 139 BGB ausschliessende spezielle Regelung, die im Gegensatz zu § 139 BGB die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags nur in Ausnahmefällen

---

8) Zum sog. "Günstigkeitsprinzip" vgl. Wiedemann / Stumpf, a.a.O., § 4, Rdn. 211 ff. (529 ff.).

9) In § 37 Abs. 2 = 36 Abs. 2 in der Fassung RdA 1977 (170) des DGB-Entwurfs ist ein die Anwendbarkeit des § 612 Abs. 2 BGB ausschließender spezieller Tatbestand vorgesehen.

bedingt. Diese Bestimmungen beinhalten einen partiellen Ausschluß der rechtsgeschäftlichen Freiheit und der persönlichkeitlichen Selbstbestimmung der Vertragsparteien insofern, als durch sie die Vertragsparteien an Teilen eines Rechtsgeschäfts festgehalten werden, von denen anzunehmen ist, daß sie ohne den nichtigen Teil nicht vorgenommen sein würden. Die Bestimmungen sind daher verfassungswidrig. Ein Arbeitnehmer ist kein herrschaftliches Schutzobjekt, sondern ein Mensch, der wie jeder andere über seine rechtlichen Verhältnisse durch Rechtsgeschäft frei entscheidet. Das gilt auch für die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses. Etwaige Ausgleichsverhältnisse bestimmen sich nach Bereicherungsrecht.

## § 15 Arbeitsverhältnisse ohne Entstehungstatbestand?[1]

### I. Einleitung

Die Unbegründetheit der Lehre vom "faktischen Arbeitsverhältnis" ist bereits dargelegt worden[2]. Nachfolgend soll untersucht werden, welche Regelungen die einzelnen Entwürfe für den Fall der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags vorsehen.

### II. Der Entwurf von 1923:

§ 52: "Bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages hat der Arbeitnehmer für geleistete Arbeit Entgelt wie aus gültigem Vertrage zu beanspruchen. Ist die Nichtigkeit Folge arglistiger Täuschung durch den Arbeitnehmer, oder verstößt die Arbeitsleistung gegen die guten Sitten, so hat er nur Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Begründet Geringfügigkeit des vereinbarten Entgeltes die Nichtigkeit, so kann er angemessenes Entgelt verlangen."

In der "Denkschrift"[3] wird ausgeführt, "für den Fall völliger Nichtigkeit des Arbeitsvertrages" regele "der Entwurf nur den Entgeltsanspruch in § 52. Der Arbeitnehmer" habe "für geleistete Arbeit Entgelt wie aus gültigem Vertrage zu beanspruchen". Sei "die Nichtigkeit Folge arglistiger Täuschung oder" verstoße "die Arbeitsleistung gegen gute Sitte ..., so" habe "er nur Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung". Begründe "Geringfügigkeit des vereinbarten Entgeltes die Nichtigkeit (gemäß BGB. § 138 Abs. 2),

---

1) Vgl. dazu insbesondere Beuthien, RdA 1969 (161 ff.); Ernst Wolf, JZ 1971 (273 ff.); ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 B (193 ff.).

2) Vgl. oben (38 f.).

3) "Denkschrift" (31) unter "Anhang: Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag, 8.".

so" könne "er angemessenes Entgelt verlangen".- § 52 des Entwurfs ist kein gesetzlicher Entstehungstatbestand von Arbeitsverhältnissen. Inhalt dieser Regelung ist vielmehr, daß derjenige, der für einen anderen - ohne dazu schuldrechtlich verpflichtet zu sein - Arbeit leistet, "Entgelt wie aus gültigem Vertrage" beanspruchen kann. Über andere arbeitsrechtliche Ansprüche, wie z.B. den Zeugnisanspruch, enthält § 52 keine Regelung[4]. Soweit § 52 anwendbar ist, schließt er als spezieller Tatbestand das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) aus. Jedoch ist die Rechtsfolge, die aufgrund der Bestimmung des § 52 eintritt, entgegen einer dahingehend vertretenen Ansicht[5], keine andere als diejenige, die im Regelfall aufgrund der §§ 812 ff. BGB eintreten würde. Die Gegenansicht beruht auf einer fehlerhaften Anwendung des § 818 Abs. 2 BGB. So führt Molitor[6] aus, ein "Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung" setze "voraus, daß der Arbeitgeber durch die Arbeit des Arbeitnehmers bereichert" sei, versage also, "wenn das aus irgendeinem Grunde nicht oder nicht in dem beabsichtigten Umfang geschehen" sei. "Der Arbeitnehmer" trage "daher nach geltendem Recht bei Nichtvorliegen eines gültigen Arbeitsvertrags jedenfalls die Gefahr, daß seine Arbeit nicht zu dem beabsichtigten Erfolg für den Arbeitgeber" führe.- Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Der vermeintliche Arbeitgeber erlangt die Arbeitsleistung des angeblichen Arbeitnehmers; diese Arbeitsleistung ist ein "etwas" im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Da der "Arbeitgeber" dieses "etwas" aufgrund der Beschaffenheit des Erlangten nicht herausgeben kann, ist er gemäß § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet. Der allein taugliche Berechnungsmaßstab für § 818 Abs. 2 BGB ist der

---

4) Anders wohl "Denkschrift" (31) unter "Anhang: Arbeitsverhältnisse ohne Arbeitsvertrag, 8.".

5) Vgl. Kreller, AcP 122 (21).

6) Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (41 f.).

Lohnwert der geleisteten Arbeit[7]. In einem Prozeß wird man, unterbleibt ein gegenteiliges Vorbringen, im Regelfall bei der Berechnung des Wertes der geleisteten Dienste davon ausgehen können, daß die Vertragsschließenden diesen Wert bei ihrer unwirksamen Vereinbarung zutreffend eingeschätzt haben. Wird Gegenteiliges vorgetragen, ist also der Wert der geleisteten Dienste streitig, so muß Beweis angetreten und erhoben werden. Die Ansicht, daß "die bereicherungsrechtliche Abwicklung den auch und gerade bei mangelhaftem Arbeitsvertrag erforderlichen Sozialschutz nicht" gewährleiste "und der bereits geleisteten Arbeit nicht gerecht werden" könne[8], ist somit unrichtig[9].

Auch der Meinung, die Anwendung des Bereicherungsrechts in den hier erörterten Fällen sei "schwierig"[10], vermag ich nicht zu folgen. Doch selbst wenn sie zutreffend sein sollte, so ist die Tatsache, daß die Anwendung eines Gesetzes "schwierig" ist, kein gesetzmäßiger Grund, eine rechtliche Regelung, deren Tatbestand vorliegt, nicht anzuwenden.

Zu einer vom Bereicherungsrecht abweichenden Rechtsfolge gelangt die Bestimmung des § 52 S. 1 dann, wenn aufgrund der in der unwirksamen Vereinbarung getroffenen Arbeitsentgeltabrede die Höhe des Entgelts abweichend vom tatsächlichen Lohnwert der geleisteten Arbeit festgesetzt wird, ohne daß in dieser Abweichung die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags begründet ist, also kein Fall des Lohnwuchers vorliegt (vgl. § 52 S. 3). In diesem Fall ist nach dem Inhalt des § 52 S. 1 die Arbeitsentgeltabrede maßgeblich; dies gilt sowohl für den Sachverhalt, daß die vereinbarte Höhe über dem

---

7) Im Ergebnis insoweit übereinstimmend Beuthien, RdA 1969 (165); Bydlinski, a.a.O. (112); Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 15 B II d (196).

8) So Hanau in Hanau / Adomeit, a.a.O., F III 3 (137); sachlich übereinstimmend z.B. auch Schaub, a.a.O., § 35 III 3 (124).

9) Ein Ausnahmefall wäre gegeben, wenn der Bereicherungsanspruch aufgrund der Regelung des § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein könnte; vgl. dazu aber unten (186 f.).

10) So Bydlinski, a.a.O. (124).

Lohnwert als auch leicht unter diesem liegt. Doch stellt diese Besonderheit keine Rechtfertigung für die Begründung eines speziellen, die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB ausschließenden Tatbestands dar.-

Den Ausführungen in der "Denkschrift"[11], die mit "Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag" überschrieben sind, kann entnommen werden, daß die Verfasser des Entwurfs von 1923 die Lehre vom "faktischen Arbeitsverhältnis" für begründet hielten; so wird beispielsweise dargelegt, daß der Anspruch auf Urlaub (§ 93 des Entwurfs) und der Zeugnisanspruch (§ 163 des Entwurfs) "nicht ... vom Bestehen eines gültigen Arbeitsvertrags" abhängig seien[12]. Im Entwurf selbst hat dieses jedoch keinen Niederschlag gefunden.

III. Der Entwurf von 1938:

§ 10: "(1) Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Gefolgsmannes kann der Unternehmer dem Gefolgsmann für die Zeit, in der er ihn beschäftigt hat, nicht entgegensetzen.
(2) Auf sonstige Fälle der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses kann sich für die Zeit der tatsächlich erfolgten Beschäftigung weder der Unternehmer noch der Gefolgsmann berufen, solange dem anderen Teil die Nichtigkeit unbekannt war."

Auch § 10 des Entwurfs von 1938 stellt keinen gesetzlichen Entstehungstatbestand für Arbeitsverhältnisse dar, d.h. aufgrund von § 10 wird kein schuldrechtliches Verhältnis begründet, das die Entstehung von Arbeitsleistungspflichten

---

11) Vgl. "Denkschrift" (30 f.) unter "Anhang: Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag"; siehe dazu auch Kreller, AcP 122 (20 f.); Molitor in Molitor / Hueck / Riezler, a.a.O. (43 ff.).

12) Vgl. "Denkschrift" (31) unter "Anhang: Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag, 5 c".

gegen Entgelt bedingt. Dieses geht auch aus der "Begründung"[13] zum Entwurf hervor. Dort wird bezüglich § 10 Abs. 1 ausgeführt, der Entwurf halte "daran fest, daß bei fehlender Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ein gültiger Vertrag nicht zustande kommen" könne. "Soweit ... an der Notwendigkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Schutz der Minderjährigen festgehalten" werde, müsse "die Folge der fehlenden Zustimmung die grundsätzliche Nichtigkeit der Vereinbarung sein. Es" könne "also vor allem keine Bindung für die Zukunft eintreten", eine solche sei "mit dem vom Gesetz gewollten Schutz des Minderjährigen nicht vereinbar. Auch" solle "der Minderjährige sich selbst nicht gültig verpflichten können". Leiste "er also die versprochene Arbeit nicht oder nicht ordnungsgemäß, so" werde "er, soweit nicht etwa eine unerlaubte Handlung in Frage" komme, "nicht schadenersatzpflichtig. Soweit er aber die Arbeit geleistet" habe, sei "es eine Härte, wenn der Unternehmer sich nachträglich auf den Mangel der Geschäftsfähigkeit berufen und die Erfüllung seiner Pflichten, insbesondere die Zahlung des Lohnes, verweigern" könne.- Aus der Feststellung, daß der Minderjährige nicht schadenersatzpflichtig werde, wenn er die versprochenen Dienste nicht leiste, ist ersichtlich, daß § 10 nicht die Entstehung von Arbeitsverhältnissen bedingen soll, die ihrerseits die Entstehung von Arbeitsleistungspflichten gegen Entgelt begründen. § 10 Abs. 1 und Abs. 2 haben den Inhalt zu bewirken, daß, soweit Arbeitsleistungen erbracht worden sind, kraft Gesetzes eine Entgeltzahlungspflicht, eine Zeugnispflicht und in entsprechender Anwendung des § 82 Abs. 2 des Entwurfs ein Anspruch auf "Urlaubsabgeltung" entsteht. Eine Urlaubsgewährung ist ausgeschlossen, da kein Arbeitsverhältnis begründet wird und insoweit auch keine "Gewährung" von Urlaub möglich ist. Eine Fortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung wird aufgrund von § 10 nicht begründet, denn sowohl § 10 Abs. 1 als auch § 10 Abs. 2 setzen tatbestandsmäßig voraus, daß der "Gefolgs-

---

13) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938 - Begründung (52 f.).

mann" "tatsächlich" (10 Abs. 2) "beschäftigt" (§ 10 Abs. 1) worden ist, also Arbeitsleistungen erbracht hat. Die Erbringung von Arbeitsleistungen ist damit tatbestandsmäßige Bedingung für die Entstehung von Ansprüchen gemäß § 10.- Die Bestimmung enthält spezielle, die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. ausschließende Tatbestände. Sie gehen über die Rechtswirkungen der §§ 812 ff. BGB insoweit hinaus, als sie beispielsweise einen Zeugnisanspruch gewähren. Die "Urlaubsabgeltung" würde allerdings auch aufgrund des Bereicherungsrechts erfolgen, da Urlaubsentgelt eine Gegenleistung für erbrachte Arbeitsleistungen darstellt und somit bei der Bestimmung des Lohnwerts der erbrachten Dienste zu berücksichtigen ist.- Der Grund für die Aufnahme des § 10 ist auch hier in der Verkennung des Inhalts des § 818 Abs. 2 BGB zu sehen, denn es wurde angenommen, der Wert der geleisteten Dienste sei nach dem bewirkten Erfolg und nicht nach ihrem Lohnwert zu bestimmen[14].

IV. Der Entwurf von 1977[15]:

§ vor 16 Abs. 1 und Abs. 4: "(Nicht voll geschäftsfähiger Arbeitnehmer)

(1) Schließt ein Minderjähriger einen Arbeitsvertrag ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des Vertreters ab.

(4) Hat der Minderjährige bereits gearbeitet bevor die Genehmigung verweigert wurde, so richten sich seine Ansprüche für die in dieser Zeit geleistete Arbeit nach der Vereinbarung; er hat jedoch keine geringeren Rechte, als sie der im Betrieb, hilfsweise am Ort üblichen Regelung entsprechen."

---

14) Vgl. dazu Hueck, ZAkDR 1938 (299).

15) Zur Regelung des § 9 Abs. 3 des Entwurfs vgl. bereits oben (38 ff.).

§ 17: "(Verstoß gegen ein Arbeitnehmerschutzgesetz)
(1) Verstößt ein Arbeitsvertrag gegen ein im öffentlichen Interesse oder zum Schutz des Arbeitnehmers erlassenes Verbot und ist eine erlaubte Beschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb nicht möglich, so ist der Vertrag nichtig, sofern sich aus dem Verbot nicht etwas anderes ergibt.
(2) Hat der Arbeitnehmer bereits gearbeitet, so bleibt die Nichtigkeit des Vertrags für diese Zeit außer Betracht. Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung bestehen insoweit nicht, als die Schlechterfüllung des Vertrages auf der Eigenschaft des Arbeitnehmers beruht, zu deren Schutz das Verbot erlassen wurde."

§ 17 a: "(Beschäftigung von Ausländern)
Ist ein Arbeitsvertrag mit einem Ausländer wegen Fehlens der Erlaubnis (§ 19 AFG) nichtig, so kann sich der Arbeitgeber so lange auf die Nichtigkeit nicht berufen, als nicht die Behörde die Beendigung der Beschäftigung anordnet."

§ 17 b: "(Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot)
(1) Ein Vertrag über eine Arbeit, die auf einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gerichtet ist oder deren Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Eine Rückforderung erbrachter Leistungen findet nicht statt.
(2) Kannte der Beschäftigte den gesetz- oder sittenwidrigen Inhalt seiner Arbeit nicht und beruhte die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit, so kann er für die zurückliegende Zeit Erfüllung der vertraglich versprochenen Leistungen verlangen. Im übrigen verbleibt es dabei, daß ein Arbeitsverhältnis nicht entstanden ist."

Aufgrund der von der Arbeitsgesetzbuchkommission gewählten Formulierungen ("so bleibt für die Dauer der Arbeitsleistung die Formnichtigkeit außer Betracht" (§ 9 Abs. 3), "so richten sich seine Ansprüche für die in dieser Zeit geleistete Arbeit nach der Vereinbarung" (§ vor 16 Abs. 4), "so bleibt die Nichtigkeit des Vertrags für diese Zeit außer Betracht" (§ 17 Abs. 2), "so kann sich der Arbeitgeber ... auf die Nichtigkeit nicht berufen" (§ 17 a)), ist zweifelhaft, ob die Tatbestände der §§ 9 Abs. 3, vor 16 Abs. 4, 17 Abs. 2 und 17 a des Entwurfs die Eigenschaft haben, das Entstehen von Arbeitsverhältnissen (kraft Gesetzes) zu bedingen. Betrachtet man beispielsweise die Regelung des § vor 16 Abs. 4 isoliert, so ist es nicht ausgeschlossen, daß dieser Tatbestand - wie seine Vorgänger in den Entwürfen von 1923 und 1938 - lediglich die §§ 812 ff. BGB als spezieller Tatbestand ausschließt, jedoch nicht das Entstehen von Arbeitsverhältnissen bedingt. Für die Annahme, daß § vor 16 Abs. 4 trotz seiner mißglückten Formulierung das Entstehen von Arbeitsverhältnissen bedingt, spricht allerdings eine Anmerkung der Arbeitsgesetzbuchkommission zu dieser Regelung. Danach sollen aufgrund dieser Bestimmung "nicht Ansprüche ausgeschlossen werden, die dem minderjährigen Arbeitnehmer in den Fällen der Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung zustehen"[16]. Gamillscheg, der Vorsitzende des Ausschusses für den Allgemeinen Teil und die Begründung des Arbeitsverhältnisses, hat in Vorarbeiten zum Entwurf folgendes dargelegt[17]: "Hat der Minderjährige bei der Arbeit dem Arbeitgeber einen Schaden zugefügt, so entsteht daraus nach geltendem Recht, soweit ersichtlich, kein vertraglicher Anspruch aus Schlechterfüllung; die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages bewahrt den Minderjährigen davor. Dies wird anders, wenn in Zukunft die Nichtigkeit des Vertrages für die Vergangenheit kraft Gesetzes außer Betracht

---

16) Vgl. Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht, 1977 (33).

17) Gamillscheg, Festschrift für Weber (809).

bleibt".- Aus diesen Äußerungen läßt sich schließen, daß die Arbeitsgesetzbuchkommission Regelungen schaffen wollte, die die Entstehung von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes bedingen. Auch aufgrund einer systematischen Auslegung gelangt man zu dem Ergebnis, daß gemäß §§ 9 Abs. 3, vor 16 Abs. 4, 17 Abs. 2 und 17 a Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes entstehen.

So bestimmt § 17 Abs. 2 S. 2:

> "Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung bestehen insoweit nicht, als die Schlechterfüllung des Vertrages auf der Eigenschaft des Arbeitnehmers beruht, zu deren Schutz das Verbot erlassen wurde."

§ 17 a regelt die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, wenn "die Behörde die Beendigung der Beschäftigung anordnet".

Die Bestimmung des § 17 Abs. 2 S. 2 setzt voraus, daß kraft Gesetzes Arbeitsverhältnisse bedingt werden, die ihrerseits das Entstehen von Arbeitsleistungspflichten bewirken, denn sonst könnten Ansprüche "auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung" ohnehin nicht entstehen[18]; auch § 17 a setzt die Existenz von Arbeitsverhältnissen voraus, denn würde § 17 a nicht kraft Gesetzes das Entstehen von Arbeitsverhältnissen bedingen, könnten arbeitsrechtliche Rechtspflichten nicht bis zur Anordnung der "Beendigung der Beschäftigung" durch die Behörde entstehen[19].

Aufgrund dieser systematischen Auslegung kann festgestellt werden, daß die §§ 9 Abs. 3, vor 16 Abs. 4, 17 Abs. 2, 17 a des Entwurfs das Entstehen von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes bedingen. Ihre Formulierung ist jedoch nicht eindeutig.-

§ 17 b stellt seinem Inhalt nach lediglich einen gegenüber dem Bereicherungsrecht speziellen Tatbestand dar; eine Entstehung von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes wird

---

18) Vgl. auch Gamillscheg, Festschrift für Weber (811).

19) Vgl. auch Gamillscheg, Festschrift für Weber (812).

durch diese Regelung nicht bedingt[20].- Die Verfehltheit des Merkmals der "groben" Fahrlässigkeit ist bereits dargelegt worden[21].

V. Der DGB-Entwurf:

§ 6[22]: "(Mängel des Arbeitsvertrages)

(1) Ein Arbeitsvertrag gilt, auch wenn ein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund vorliegt, solange als rechtswirksam, bis im Falle eines Nichtigkeitsgrundes der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer im Falle eines Anfechtungsgrundes der zur Anfechtung Berechtigte dem anderen Vertragsteil gegenüber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erklärt. Das Arbeitsverhältnis wird mit dem Zugang der Auflösungserklärung bei dem anderen Vertragsteil beendet. Vor der Abgabe einer Auflösungserklärung nach Satz 1 haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich um eine Beseitigung der Vertragsmängel durch Behebung der Rechtshindernisse oder eine beiden Teilen zumutbare Änderung des Arbeitsvertrages zu bemühen.

(2) Die Auflösungserklärung kann rechtswirksam nur abgegeben werden, solange der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.

(3) Wenn der Arbeitgeber den Nichtigkeitsgrund beim Abschluß des Arbeitsvertrages kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte), so kann er das Arbeitsverhältnis nur im Wege einer ordentlichen Kündigung auflösen. Dies gilt auch, wenn die vereinbarte Arbeitsleistung wegen Verstoßes gegen ein

---

20) Vgl. auch Gamillscheg, Festschrift für Weber (812).

21) Vgl. dazu oben ( 101 ).

22) = § 5 in der Fassung RdA 1977 (166 f.).

gesetzliches oder tarifvertragliches Verbot nicht zulässig und eine dem Arbeitnehmer zumutbare Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb nicht möglich sind.
(4) Gibt der Arbeitgeber eine Auflösungserklärung wegen eines Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrundes, den er erst nach Abschluß des Arbeitsvertrages erfahren hat, nicht unverzüglich ab, so gilt Absatz 3 entsprechend.
(5) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 4 gelten nicht, wenn der Arbeitsvertrag nur zum Schein abgeschlossen worden ist (§ 117 des Bürgerlichen Gesetzbuches) oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches) oder, wenn der Arbeitsvertrag wegen widerrechtlicher Drohung (§ 123 des Bürgerlichen Gesetzbuches) vom Arbeitgeber angefochten wird. In den Fällen des Satzes 1 behält der Arbeitnehmer den Anspruch auf das Arbeitsentgelt, soweit er die vereinbarte Arbeitsleistung tatsächlich erbracht hat.
(6) Beruht der Mangel des Arbeitsvertrages auf der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers, so entstehen für diesen auch für die Zeit vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses keine vertraglichen Verpflichtungen. Ist in diesem Fall das Arbeitsverhältnis nicht vorher durch Auflösungserklärung beendet worden, so wird der Arbeitsvertrag vom Zeitpunkt des Eintritts der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers an wirksam.
(7) In den Fällen des Absatzes 3 bestehen Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung insoweit nicht, als die Schlechterfüllung des Vertrages auf dem Nichtigkeitsgrund beruht.

Aufgrund der Regelung des § 6 Abs. 1 S. 1 entsteht - liegt ein Nichtigkeitsgrund bezüglich des Arbeitsvertrags

vor[23] - das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes, es sei denn, dieses ist nach § 6 Abs. 5 S. 1 oder § 6 Abs. 6 S. 1 ausgeschlossen. Die in § 6 Abs. 1 S. 1 gewählte "Fiktion" ist verfehlt, da bestimmt wird, der "Arbeitsvertrag" gelte als "rechtswirksam", obwohl nach dem Inhalt der Regelung ein "Nichtigkeitsgrund" vorausgesetzt wird. Ein Arbeitsvertrag kann nur entweder wirksam oder unwirksam sein. Bei der gewählten Formulierung handelt es sich um ein Redaktionsversehen; der Inhalt der Bestimmung besteht darin, daß das Arbeitsverhältnis, welches infolge des unwirksamen Arbeitsvertrags nicht begründet wird, da dessen Rechtswirkung aufgrund der Unwirksamkeit nicht eintritt, gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 kraft Gesetzes entsteht.

Der in § 6 Abs. 1 vorgesehene Beendigungstatbestand wird entsprechend der Lehre vom "faktischen Arbeitsverhältnis" als "Auflösungserklärung" bezeichnet. Bei der "Auflösungserklärung" handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung, mit der die fristlose Beendigung des gesetzlich entstandenen Arbeitsverhältnisses als gewollt erklärt wird. Da diese Gestaltungsberechtigung tatbestandsmäßig nur existiert, wenn ein "Nichtigkeitsgrund" (bzw. "Anfechtungsgrund") bezüglich des Arbeitsvertrags vorliegt, handelt es sich um eine fristlose außerordentliche Kündigung.- In § 6 Abs. 3 S. 1 ist bestimmt, daß der Arbeitgeber unter den dort genannten Voraussetzungen nur zur "ordentlichen" Kündigung berechtigt ist. Eine ordentliche Kündigung ist ihrem Begriff nach eine solche, die zu ihrer Wirksamkeit eines Grundes nicht bedarf. Da jedoch auch die nach § 6 Abs. 3 S. 1 bestehende Kündigungsberechtigung

---

23) Auf die zweite Alternative des Tatbestands, das Vorliegen eines Anfechtungsgrunds, wird in den nachfolgenden Ausführungen nicht eingegangen, da in diesen Fällen ein Arbeitsverhältnis entsteht, welches allerdings anfechtbar ist. Im Text werden nur die Fälle behandelt, in denen ein Arbeitsverhältnis mangels eines vertraglichen Entstehungstatbestands nicht begründet wird.

voraussetzt, daß ein "Nichtigkeitsgrund" bezüglich des Arbeitsvertrags vorliegt, handelt es sich begrifflich um eine außerordentliche Kündigung. Inhalt der Regelung des § 6 Abs. 3 S. 1 ist demnach, daß das gesetzlich entstandene Arbeitsverhältnis unter den dort genannten Voraussetzungen nur unter Einhaltung der Frist, die für eine ordentliche Kündigung bestimmt ist, durch eine außerordentliche Kündigung vom Arbeitgeber beendet werden kann. Dies gilt gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 auch dann, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung rechtlich ausgeschlossen ist; in diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis erst mit Fristablauf, es bedingt allerdings keine Arbeitsleistungspflichten (ihre Entstehung ist rechtlich ausgeschlossen), sondern nur Entgeltzahlungspflichten.

Die Bestimmung des § 6 Abs. 2 ist infolge ihrer Unbestimmtheit gegenstandslos; eine Regelung die die "Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile" fordert, enthält nicht die Bestimmung von Tatbestand und Rechtswirkung, ist also kein Gesetz[24].

§ 6 Abs. 5 S. 2 stellt einen speziellen, die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB ausschließenden Tatbestand dar, statt des Wortes "behält" hätte es allerdings "hat" heißen müssen.

Die Formulierung des § 6 Abs. 6 ist widersprüchlich. Verfehlt ist zunächst, daß in § 6 Abs. 6 S. 1 von "vertraglichen Verpflichtungen" gesprochen wird; gemeint ist, daß die Entstehung von Arbeitsleistungspflichten dann ausgeschlossen ist, wenn der Grund der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags in der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers liegt. In diesen Fällen entsteht kein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes; da ein solches nicht entsteht, ist folglich auch die Entstehung von Arbeitsleistungspflichten ausgeschlossen.- Der Inhalt der Regelung des § 6 Abs. 6 S. 2 besteht somit darin, daß in dem Fall, in dem

---

24) Vgl. Ernst Wolf, Recht und Gesellschaft, 1973 (17).

die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach § 6 Abs. 1 S. 1 aufgrund der Bestimmung des § 6 Abs. 6 S. 1 ausgeschlossen ist, dieses im Zeitpunkt des Eintritts der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers kraft Gesetzes entsteht, wenn zuvor die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses nicht geltend gemacht worden ist.

Wie aufgrund der Untersuchung deutlich wird, bestehen zur Regelung der Fälle, in denen ein Arbeitnehmer Arbeitsleistungen erbringt, obgleich ein wirksamer Arbeitsvertrag und somit ein rechtsgeschäftlich entstandenes Arbeitsverhältnis nicht vorliegt, drei Möglichkeiten. Es können gesetzliche Regelungen geschaffen werden, die die Entstehung von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes bedingen; es können spezielle, die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB ausschließende Bestimmungen hergestellt werden, die lediglich Ansprüche des vermeintlichen Arbeitnehmers für rechtsgrundlos geleistete Dienste begründen, ohne daß die Entstehung von Arbeitsverhältnissen bedingt wird; schließlich kann es der Gesetzgeber bei der Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB belassen.

Bei dogmatisch richtiger Auslegung der §§ 812 ff. BGB besteht für eine arbeitsrechtliche Sonderregelung - wie bereits dargelegt[25] - kein Anlaß. Ein solcher bestünde allerdings, wenn Fälle existierten, in denen der Bereicherungsanspruch des vermeintlichen Arbeitnehmers nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist (vgl. § 16 AZO). Jedoch ist von Ernst Wolf[26] nachgewiesen worden, daß es für § 817 S. 2 BGB keinen Anwendungsfall gibt. In § 817 S. 2 BGB ist bestimmt, daß die Entstehung eines Herausgabeanspruchs nach § 817 S. 1 ausgeschlossen ist, "wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt". Der Ausdruck "gesetzliches Verbot" in § 817 S. 1, 1. Alt. BGB bezieht sich nach dessen

---

25) Siehe oben (174 ff.).

26) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 19 C III c (473 ff.).

Wortlaut auf gesetzliche Regelungen, die den Inhalt haben, die Erfüllungswirkung einer von einem Gläubiger angenommenen Leistung oder Bemühung eines Schuldners auszuschließen[27]. Es existiert jedoch keine gesetzliche Regelung, die den Inhalt hat, lediglich die Erfüllungswirkung der Annahmehandlung des Gläubigers auszuschließen; es gibt lediglich Bestimmungen, die bewirken, daß die Entstehung einer Schuld rechtlich ausgeschlossen ist (vgl. § 134 BGB).- Der Ausdruck "gute Sitten" in § 817 S. 1, 2. Alt. BGB hat keinen begrifflichen Inhalt und stellt daher kein mögliches Tatbestandselement einer rechtlichen Regelung dar.- Da es somit für § 817 S. 1 BGB keinen möglichen Anwendungsfall gibt, ist diese Bestimmung unwirksam. § 817 S. 2 BGB nimmt auf § 817 S. 1 BGB Bezug, es kann daher auch für diesen Tatbestand keinen Anwendungsfall geben.-

Für die Begründung spezieller arbeitsrechtlicher Tatbestände, die die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB ausschließen, besteht somit weder ein Anlaß noch ein Bedürfnis.

---

27) Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, § 19 B IV b 1 (442).

§ 16 Die Ergebnisse der Untersuchung

"Richterrecht" und "Gesetzesanalogien" sind infolge ihrer dogmatischen Unbegründetheit kein Ersatz für das Tätigwerden des Gesetzgebers. Bedenken, die Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes könne die "Rechtsfortbildung" hemmen, sind aufgrund der Unmöglichkeit einer "Rechtsfortbildung" durch "Richterrecht" verfehlt.

In allen Entwürfen läßt sich in den vorgesehenen Regelungen vielfach ein Verzicht auf objektive Merkmale feststellen, an ihre Stelle treten subjektive Tatbestandselemente wie "Zumutbarkeit", "Billigkeit" und "Interesse" etc.; eine wissenschaftliche und damit nachvollziehbare Rechtserkenntnis ist aufgrund dieser Bestimmungen nicht möglich. Anstelle der richterlichen Rechtserkenntnis tritt eine "Bewertung" von Sachverhalten, also die willkürliche Entscheidung, ob gemäß eines Tatbestands eine Rechtswirkung eingetreten ist oder nicht.

Insbesondere die Entwürfe von 1938, 1977 sowie der DGB-Entwurf werden von "Generalklauseln", "unbestimmten Rechtsbegriffen" und "ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstäben" "beherrscht". Diese "alles beherrschenden Grundsätze" sind aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht anwendbar, sie bestehen lediglich aus einer Anhäufung von Leerwörtern, mit denen nichts bestimmt und nichts erkannt werden kann. Mit diesen Leerformeln wird die verfassungswidrige Entwicklung vom Rechtsstaat zum Richterstaat dokumentiert. An die Stelle der richterlichen Erkenntnis tritt die nicht rechtsstaatliche und somit verfassungsrechtlich ausgeschlossene totalitäre und autoritäre Einzelfallentscheidung. Das Recht wird damit "politisiert" und die Arbeitsverhältnisse werden als Rechtsverhältnisse verneint. Durch die Leerwörter wird jede politische Willkürentscheidung durchsetzbar. Ein anschauliches Beispiel dafür ist der Entwurf von 1938: Die "Generalklauseln" "Treue-" und "Fürsorgepflicht" bewirken, daß der Inhalt der Arbeitsverhältnisse dem Führerwillen angepaßt werden kann; staatliche "Treuhänder der Arbeit" wachen darüber, daß dem

Führerwillen stets entsprochen wird.

Vielfach sind schon frühzeitig geforderte und inzwischen durch vermeintliche "Rechtsfortbildung" oder "analoge" "Gesetzesanwendung" "geschaffene" Regelungen bereits in den Entwürfen von 1923 und 1938 vorgesehen gewesen. Beispiele dafür sind die Begründung einer allgemeinen gesetzlichen Beschäftigungspflicht, die Erweiterung der Arbeitsleistungspflicht aufgrund gesetzlicher Tatbestände, die für alle Arbeitnehmer geltende gesetzliche Regelung vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen und der Ausschluß der Anwendbarkeit des § 139 BGB durch einen speziellen arbeitsrechtlichen Tatbestand.

Seit dem Entwurf von 1938 wird die Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr uneingeschränkt befürwortet. Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sollen nur anwendbar sein, soweit dieses mit dem "Wesen" oder der "Eigenart" des Arbeitsverhältnisses vereinbar ist. Das behauptete besondere "Wesen" oder die vermeintliche "Eigenart" des Arbeitsverhältnisses existieren aber nicht. Das Arbeitsverhältnis ist ein Schuldverhältnis wie andere und somit sind insbesondere der Allgemeine Teil und das Allgemeine Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Arbeitsverhältnisse anwendbar. Ein "nebulöser" "Schutzcharakter des Arbeitsrechts" oder ein inhaltloses "Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" sind keine gesetzlichen Gründe für die Nichtanwendung einer Regelung, deren Tatbestand gegeben ist. Eine "Vorprüfung" des Richters, ob eine Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs unanwendbar sei, weil sie einem vermeintlichen "Schutzgedanken" nicht genüge oder seinem "progressiven Weltbild" nicht entspreche, ist rechtswidrig; sie macht den Richter zu einem absoluten "Herrn des Arbeitsrechts".

Der Entwurf von 1923 stand unter dem Einfluß herrschaftlichen Denkens, der Arbeitgeber wurde aufgrund seines Besitz- oder Eigentumsrechts an den zum Betrieb gehörenden Gegenständen als "Herr", sein Arbeitnehmer als "Diener" angesehen.

Der Entwurf von 1938 übernahm die herrschaftliche Auffassung und modifizierte und erweiterte sie durch das nationalsozialistische "Führerprinzip", das auch den Unternehmer zum Herrschaftsunterworfenen machte (vgl. die staatliche Kontrolle der "Betriebsführer" durch "Treuhänder der Arbeit").

In den neueren Entwürfen werden herrschaftliche Strukturen z.T. unbewußt übernommen; ein Beispiel dafür sind die gesetzlichen Urlaubsregelungen, sie sind Überreste herrschaftlichen Denkens.

Im Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission und im DGB-Entwurf wird versucht, eine "Grundrechtswirkung unter Dritten" zu begründen. Privatrecht und öffentliches Recht werden damit unzulässig vermengt. Dem einzelnen wird die Entscheidung über sein Recht zugunsten des Staates entzogen, er wird bevormundet und entrechtet; die betreffenden Regelungen entsprechen damit einer totalitären Staatsauffassung.-

Die Motivation zur Schaffung der Entwürfe ist jeweils nicht juristischer Art gewesen, sondern beruhte auf herrschaftlichen und politisch-ideologischen Auffassungen, die in den einzelnen Entwürfen - wie mehrfach dargelegt - ihren Niederschlag gefunden haben. Unter Berücksichtigung der zu den Einzelfragen erfolgten Kritik muß daher festgestellt werden, daß das Scheitern der Entwürfe objektiv begründet ist.

Lebenslauf

Ich, Holger Senne, wurde am 27. Mai 1953 als Sohn des kaufmännischen Angestellten Friedrich Wilhelm Senne und der Krankenschwester Frieda Erna Luise Senne, geborene Marquardt, in Lüneburg geboren.

Ostern 1960 wurde ich in die Volksschule XI in Lüneburg eingeschult, die ich bis zur fünften Klasse besuchte. 1965 erfolgte meine Umschulung auf das Johanneum zu Lüneburg (altsprachliches, neusprachliches und mathematisch-naturwissenschaftliches Gymnasium), dessen mathematisch-naturwissenschaftlichen Schulzweig ich besuchte. 1973 unterzog ich mich dort der Reifeprüfung.

Im Wintersemester 1973/74 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg. Am 14.6.1978 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung.

Seit September 1978 bin ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Institut für Arbeitsrecht der Philipps-Universität tätig.